

الاجتهاد بالرأى

القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب

تأليف

عبد الوهاب خلاف
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
بجامعة فؤاد الأول

الطبعة الأولى

١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م

يطلب في الاسكندرية من : مكتبة النياوى ؛ ميدان إسماعيل

مطبعة دار الكتاب العربي

شارع فاروق بيه

تليفون ٥٠٩٣٨



١٧٨٠
خ.ع. ١٠

46398

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله . والصلاة والسلام على رسل الله . وعلى أئمة المسلمين المجتهدين من الصحابة والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فقد قال الإمام الشافعي في رسالته في أصول الفقه ما نصه : « كل ما نزل بمسلم فقيه حكم لازم . وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة . وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتبعه . وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد . والاجتهاد القياس » .

فكل واقعة نزلت بالمسلم في أي عصر وفي أية بيئة ومن أي نوع كانت لها حكم شرعي . وقد مهد الله للدلالة على هذه الأحكام سبلا واضحة . فإن كان السبيل الذي مهده الله للدلالة على حكمه هو نصه في كتابه أو على لسان رسوله فعلى المسلم الاهتداء بهذه السبيل . وإن لم ينص الله في كتابه أو بلسان رسوله على حكمه في الواقعة فعلى المسلم أن يتعرف على هذا الحكم ويهتدى إلى الوصول إليه من سبيل من السبل التي مهدها الله للاهتداء حيث لا نص .

وقد استعمل علماء أصول الفقه في تعبيرهم عن التعرف على أحكام الوقائع والاهتداء إليها عدة ألفاظ وهي :

الاجتهاد — والرأي — والاستدلال — والقياس .

ونبدأ ببيان معنى كل لفظ من هذه الألفاظ في اللغة العربية وفي اصطلاح الأصوليين .

١ — الاجتهاد

الاجتهاد في اللغة العربية هو بذل الجهد أى الوسع والطاقة في أى عمل حسى أو معنوى ، فكما يقال لغة اجتهد في حمل أمتعته يقال اجتهد في فهم دروسه وحل مشاكله ، ولا يطلق الاجتهاد في اللغة على مباشرة عمل لا يبذل فيه جهد فلا يقال اجتهد في حمل ريشة أو نواة ، ومثل الاجتهاد في هذا الإطاقة ، فلا تطلق الإطاقة في اللغة على مباشرة عمل لا جهد فيه ولا مشقة ، فيقال هو يطيق حمل الأثقال ولا يقال هو يطيق حمل ريشة أو نواة ويقال للشيخ الهرم القانى هو يطيق الصوم ولا يقال للقوى المقيم السليم هو يطيق الصوم .

وأما الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين فهو بذل أقصى الجهد للوصول إلى حكم شرعى عملى من دليله التفصيلى باستنباطه من هذا الدليل ، سواء أ كان الدليل هو النص إذا كان في الواقعة نص ، أم غير النص فيما لا نص فيه .

فالمعنى اللغوى للاجتهاد هو بذل أى جهد في أى عمل ، وأما المعنى الاصطلاحى للاجتهاد فهو بذل أقصى الجهد في عمل خاص وهو التوصل إلى الحكم الشرعى العملى من دليله الجزئى التفصيلى توصلاً بطريق استنباط الحكم من دليله فبذل أدنى الجهد دون اقصاه في تعرف حكم شرعى عملى هو اجتهد في اللغة لا في اصطلاح الأصوليين .

والاجتهاد في حل مسألة حسابية ، أو تمرين هندسى ، أو إثبات أية نظرية عقلية أو اجتماعية هو اجتهد في اللغة لا في اصطلاح الأصوليين .

وتعرف الحكم من دليله التفصيلى الذى هو نص قاطع واضح الدلالة على المراد منه لا يسمى في اصطلاح الأصوليين اجتهداً لأنه لا يبذل فيه جهد ، فالحكم بأن أولاد المتوفى المذكور منهم مثل حظ الأنثيين في إرثه ، لا يسمى اجتهداً في الاصطلاح وكذلك تعرف الحكم الشرعى من أى نص مفسر قطعى الدلالة ، وكذلك تعرف

الحكم الشرعى العملى من دليله التفصيلى من طريق السؤال عنه والاستفتاء لا من طريق البحث والاستنباط لا يسمى اجتهداً فى اصطلاح الأصوليين .

٢ — رأى

الرأى فى اللغة العربية مصدر رأى ، والعرب يفرقون بين مصادر رأى بحسب محالها .

فيقولون فى رأى الحُلْمِية رأى كذا فى نومه رؤياً .

ويقولون فى رأى البصرية رأى كذا بعينه رؤية .

ويقولون فى رأى العقلية رأى فى المسألة رأياً — وهذا هو المراد هنا .

فالرأى فى اللغة هو التدبر والتفكير بالعقل . وقد يطلق رأى على نفس المرئى من إطلاق المصدر على إسم المفعول ، ولهذا يجمع على آراء ، فيقال آراء سديدة ، أو خاطئة كما يطلق الوقف على الموقوف ، ويجمع على أوقاف .

وأما الرأى فى اصطلاح الشرعيين فيطلق على معان ثلاثة ، بينها ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين ، وهذه خلاصة ما بينه :

١ — الأول الهوى والميل المطلق عن مراعاة أصول أو مبادئ عامة ، وهذا هو الرأى المذموم . وكل ما جاء من أقوال الصحابة والتابعين فى ذم الرأى فالمراد به هذا المعنى أى الهوى المجرد مع التحلل من كل قيد وعدم الوقوف عند حد ، وهذا يشمل الرأى المخالف للنصوص . ويشمل القول فى الدين بالظن والتخمين من غير إنعام النظر فى النصوص ، ومبادئ الشريعة . ويشمل الابتداع والتأويل الفاسد ، والعبث بالنصوص لمتفق وهوى العاثر وميوله ، وعلى هذا المعنى يحمل حديث : من قال فى القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار . وقول أبى بكر : أى سماء تظلمنى وأى أرض تغلبنى إذا قلت فى كتاب الله برأى . وقول عمر : إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن ، أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها ، فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا . وقول على : لو كان الدين بالرأى

لكان باطن الخلف أولى بالمسح من ظاهره . وقول ابن عباس : إن الله قال لنبيه : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله » . ولم يقل بما رأيته . . وهذا كله مصداق قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به » . فالرأى المذموم هو الهوى الذى يتخذه صاحبه قائده ومتبوعه ، ولو خالف نصوص الدين وأحكامه ومبادئه . ومن متابعة الرأى بهذا المعنى زاع كثير من الناس ، ونشأت المبتدعة . . والفرق الضالة . والرأى بهذا المعنى يرادف الهوى .

٢ - والثانى التدبر والتفكير فى الأدلة الشرعية فى حدود الشرع وعلى أصوله . فبذل الجهد فى فهم النص ، واستنباط الحكم الشرعى منه رأى ، واستنباط الحكم الشرعى فيما لا نص فيه بأمانة من أمارات الاستنباط رأى ، ومن هذا قول أبى بكر وقد سئل عن معنى الكلالة فى قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة » أقول فيها برأى فإن كان صواباً فمن الله ، وإن كان خطأ فمنى ، الكلالة قرابة غير الولد والوالد . وقول كثير من الصحابة حينما أفتوا فيما لا نص فيه من الوقائع أقول فيها برأى . فمرادهم من الرأى التدبر والتفكير المقصود به الوصول إلى حكم الشرع استناداً إلى دليل أو أصل شرعى ، لا إلى مجرد الهوى والميل ، ومن هذا ما ورد فى الأثر : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، والرأى بهذا المعنى يرادف الاجتهاد .

٣ - والثالث التدبر والتفكير فيما مهده الشارع من الأدلة حيث لا نص . فالاجتهاد فى فهم النصوص واستنباط الأحكام منها ليس اجتهاداً بالرأى . وإنما الاجتهاد بالرأى هو بذل الجهد فى استنباط الأحكام بالقياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو البراءة الأصلية ، أو العرف ، أو غيرها من الأمارات التى اعتبرها الشارع . وقد يحمل على هذا قول معاذ بن جبل لما قال له رسول الله وقد ولاه اليمن : بم تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجده فبسنة رسول الله ، فإن لم أجده أجتهد برأى ولا آلو فأقره رسول الله وحمد الله . والرأى بهذا المعنى أخص من الاجتهاد لأنه نوع من أنواعه .

وفقهاء العراق سمو أهل الرأي بهذا المعنى لأنهم عنوا بالاستنباط من معقول النص ،
وبالقياس ، والاستحسان ، ولم يققوا مع ظواهر النصوص ، ولم يتخرجوا من الافتاء
حيث لا نص ، فهم أطلقوا لعقولهم عنان التفكير في حكم النصوص ومعقولها ، والتوسع
في القياس والاستحسان . وهذا المعنى الثالث للرأى هو الشائع المتبادر في استعمال
الأصوليين ، فالاجتهاد بالرأى أى بالتفكير العقلى هو الاجتهاد حيث لا نص في
استنباط الحكم بغير النصوص من الأدلة والأمارات الشرعية .

٣ — الاستدلال

الاستدلال فى اللغة طلب الدليل للاهتداء إلى أى شىء حسى أو معنوى
وفى اصطلاح الأصوليين لم تتفق كلمتهم فى المراد منه ، فقال جمهورهم : الاستدلال
طلب الدليل الشرعى للتوصل بالنظر الصحيح فيه إلى الحكم الشرعى : سواء
أكان الدليل من النصوص ، أم من غير النصوص ، فالاستدلال بهذا المعنى يرادف
الاجتهاد أى أنه يعم ما فيه نص وما لا نص فيه .

وقال الشوكانى : الاستدلال هو طلب الدليل الذى ليس بنص ، ولا إجماع
ولا قياس للتوصل بالنظر فيه إلى الحكم الشرعى ، وعد من أنواع الاستدلال
الاستحسان ، والاستصحاب ، والاستصلاح ، وشرع من قبلنا ، فالاستدلال على هذا
نوع من أنواع الاجتهاد .

٤ — القياس

القياس فى اللغة العربية تسوية الشىء بما يماثله ، يقال قاس الثوب بالمتر أى قدر
أجزاء الثوب ، بالمتر مسويا كل جزء منه بمتر . ويقال فلان لا يقاس بفلان أى
لا يسوى به ، وسمى كل من المتر ، والذراع ، والقصبه مقياساً ، لأنه أداة القياس
أى تقدير الأجزاء .

أما القياس في اصطلاح الأصوليين فقد اختلفوا في تعريفه ، وصاغوا تعريفه بعدة صيغ، اختلفت في بعض ألفاظها ، ولكن جوهر القياس وعمليته وحقيقته عندهم جميعاً واحدة ، ولهذا نعرض عملية قياس شرعى ثم نستعرض التعريفات المختلفة للأصوليين لنرى أى التعريفات أظهر تبييناً للمعروف ومطابقة لعمليته .

إذا دل نص على حكم شرعى في واقعة واهتدى المجتهد بأى دليل شرعى إلى العلة التى بنى الشارع عليها الحكم فى هذه الواقعة ، ثم وجد واقعة أخرى لم يدل نص من الشارع على حكمها ، ووجد فيها العلة التى بنى عليها الشارع الحكم فى واقعة النص ، وحكم بالمساواة بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويهما فى أساس الحكم وهو علته ، فهذا الحكم بالمساواة بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويهما فى علته هو الذى يسمى القياس فى اصطلاح الأصوليين .

مثلاً دل قوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » على حكم وهو المنع من الإرث فى واقعة وهو الوارث إذا قتل مورثه ، واهتدى المجتهد إلى علة هذا الحكم وهو قتله الذى هو مظنة تعجل الشئ قبل أوانه والقصد السيئ للانتفاع ، ثم وجد واقعة أخرى لم يدل نص شرعى على حكمها ، وهى الموصى له إذا قتل الموصى ، أو الموقوف عليه إذا قتل الواقف . ووجد فى كل منهما العلة التى بنى الشارع عليها الحكم فى واقعة النص ، وهى القتل الذى هو مظنة تعجل الشئ قبل أوانه والقصد السيئ للانتفاع ، فحكم بأن الموصى له إذا قتل الموصى يحرم من الوصية ، والموقوف عليه إذا قتل الواقف يحرم من الاستحقاق ، كما أن الوارث إذا قتل مورثه يمنع من الإرث ، فهذه التسوية بين الوقائع فى الحكم بناء على تساويها فى علته هى التى تسمى فى اصطلاح الأصوليين القياس .

فعملية القياس فيها اهتداء إلى علة الحكم فى واقعة النص . وفيها الحكم بتساوى واقعة النص والواقعة المسكوت عنها فى تحقق العلة فيهما . وفيها الحكم على الواقعة المسكوت عنها بالحكم الثابت لواقعة النص .

فهي عملية ذات أجزاء ، وينتقل فيها المجتهد من مرحلة إلى مرحلة ، ومن أجل اختلاف النظر إلى أجزاء عملية القياس ومراحلها اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفه .
فعرفه البيضاوى في كتابه المنهاج بقوله : « القياس إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لمشاركته له في علة حكمه عند المثبت » .

ويؤخذ على هذا التعريف أن لفظ — إثبات — يوهم أن القياس ينشي به المجتهد ويثبت به حكماً في الفرع مع أن المجتهد بالقياس إنما يظهر ويكشف حكم الشارع في الفرع ، وأن لفظ — مثل — زيادة لا مسوغ لها ، لأن حكم الشارع هو خطابه المتعلق بفعل المكلف ، والقياس يظهر أن خطاب الشارع المتعلق بالأصل متعلق أيضاً بالفرع . وأن لفظ — عند المثبت — تصريح بمفهوم لأن عملية القياس إنما هي بحسب غلبة الظن من المجتهد لا بحسب الواقع ونفس الأمر لأنه ما دام لا نص صراحة على العلة فالواقع لا يعلمه على سبيل القطع إلا الله .

وعرفه ابن السبكي في كتابه جمع الجوامع بقوله : « القياس حمل معلوم على معلوم لمساواته له في علة حكمه عند الحامل » .

ويؤخذ على هذا التعريف أن لفظ — حمل — ظاهره أن المحمول وهو الفرع والمحمول عليه وهو الأصل يصدقان على شيء واحد لأنه لا حمل إلا مع هذا وهو غير صحيح لأن واقعة الأصل غير واقعة الفرع ، ولا حمل مع تعابير ما يصدق عليه كل منهما — ولفظ عند الحامل في هذا التعريف — هو مثل عند المثبت في التعريف الأول .
وعرفه ابن الحاجب في مختصره بقوله : « القياس مساواة فرع لأصل في علة حكمه »

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ليس تعريفاً لعملية القياس التي يجريها المجتهد وإنما هو تبين لتساوى فرع وأصله في علة الحكم ، وهذه المساواة ليست من عمل المجتهد ، لأن عمل المجتهد هو تسوية نبيذ التمر بالخمر في التحريم لتساويهما في أن كلا منهما مسكر ، وأما مساواة نبيذ التمر للخمر في الإسكار فليست من عمل المجتهد ، والتعريف إنما هو للقياس الذي هو نوع من اجتهد المجتهد .

وعرفه صدر الشريعة في كتابه تنقيح الأصول بقوله : « القياس تعدية حكم من الأصل إلى الفرع بعلّة متحدة لا تعرف بمجرد فهم اللغة » .
ويؤخذ على هذا التعريف أن كلمة تعدية توهم أن الحكم يتعدى ويتجاوز الأصل إلى الفرع وليس الأمر كذلك .

ومن النظر في هذه التعريفات يتبين أنها متقاربة وأن أبعدها عن الدلالة على عملية القياس هو تعريف ابن الحاجب ، وأرى أن التعريف الواضح المطابق لعملية القياس هو : « القياس تسوية واقعة لم يدل نص على حكمها ، بواقعة دل نص على حكمها في الحكم الذي دل عليه النص لتساوى الواقعتين في علته » . ولو استبدلت كلمة إلحاق واقعة بكلمة تسوية واقعة كانت ظاهرة أيضاً في الدلالة .
وهذه عدة أمثلة من الأقيسة في أحكام شرعية وأحكام وضعية تزيد التعريف وضوحاً :

١ — شرب الخمر : دل النص على تحريمه وهو قوله تعالى « فاجتنبوه » وعلة تحريمه أنه مسكر . وشرب أى نبيذ آخر هو مثل الخمر في الإسكار ولم يدل نص على تحريمه فيسوى بالخمر في حكمه ويحرم .

٢ — البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة : دل النص على تحريمه وهو قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » وعلة تحريمه أنه يشغل عن الصلاة . والإجارة والمداينة وأية معاملة أخرى هي مثل البيع في الشغل عن الصلاة ، ولم يدل نص على تحريمها فتسوى بالبيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة وتحرم .

٣ — قتل الوارث مورثه : دل النص على أنه مانع من الإرث وهو قوله صلى الله عليه وسلم — لا يرث القاتل — وعلة منعه من إرثه أن فعله استعجال للشئ قبل أوانه فيعاقب بحرمانه وأنه جرم مراد به غنم فيرد على الجرم قصده السيئ . وقتل الموصى له للموصى ، وقتل الموقوف عليه للواقف هو مثل قتل الوارث للمورث، ولم يدل

نص على حكمه فيسوى به في الحكم ، ويمنع الموصى له القاتل من الوصية ويمنع الموقوف عليه القاتل من الاستحقاق كما منع الوارث القاتل من الإرث .

٤ — البكر : الصغيرة دل النص على ثبوت الولاية عليها لوليها في تزويجها وعلته صغرها الذي هو مظنة قصور عقلها . والثيب الصغيرة هي مثل البكر الصغيرة في صغرها وقصور عقلها فتسوى بها ، وثبتت عليها لوليها ولاية تزويجها .

٥ — توقيع الورقة بالإمضاء : دل النص في القانون المدني على أنه يجعل الورقة حجة على من أمضاها ، وعلته أن توقيعه دال على شخصه ، وبصم الورقة بالأصبع هو مثل التوقيع عليها بالإمضاء في الدلالة على شخص الباصم ولم يدل نص على حكمه فيسوى بالتوقيع في الحكم .

٦ — إذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو أحد الفروع من أصوله والأصول من فروعهم : دل نص قانون العقوبات على أنه لا يحكم في هذه السرقة بعقوبة ما ، وعلته أن صلة الزوجية والقرابة تجعل للسارق شبهة تدرأ بها العقوبة . وغضب أحد هؤلاء مال الآخر أو تبديده هو مثل السرقة فيقاس بها ولا يحكم فيه بعقوبة ما .

٧ — التاريخ يثبت في المحررات غير الرسمية بوسيلة من الوسائل : نص عليها القانون المدني وعلته أن وسيلة من هذه الوسائل تجعل للتاريخ صفة رسمية . والورقة المقدمة في القضية التي تناولها المرافعة بالجلسة التي نظرت فيها هي مثل وسيلة من تلك الوسائل فيثبت تاريخها من يوم الجلسة التي نظرت فيها .

بحوث متعلّقة بتعريف القياس

(الأول) الفرق بين الاجتهاد والقياس :

من المقارنة بين تعريفى الاجتهاد والقياس يتبين الفرق بينهما وهو أن الاجتهاد أعم من القياس ، لأن الاجتهاد يشمل بذل الجهد فيما فيه نص للوصول إلى الحكم الشرعى الذى دل عليه النص فيه ، ويشمل بذل الجهد فيما لا نص فيه للوصول إلى

حكمه الشرعى بالقياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو الاستصحاب ، أو أى طريق من طرق الاستنباط فيما لا نص فيه . وأما القياس فهو بذل الجهد فيما لا نص فيه لإلحاقه بما فيه نص والتسوية بينهما فى الحكم . فمجال الاجتهاد كل ما يقع للمكلف من وقائع سواء أكانت فيها نصوص أم لم يكن فيها نصوص وسواء أكانت من العبادات أم العقوبات ، أم المعاملات ، أم من أى نوع من أنواع الوقائع والحوادث . وطرقه متعددة تشمل بذل الجهد فى فهم النصوص وفى التوفيق بين ما ظاهره التعارض منها ، وفى الترجيح والتأويل ، وتشمل بذل الجهد فيما لا نص فيه بالقياس وغيره . وأما مجال القياس فهو الوقائع التى لم ترد فيها نصوص وليست فى العبادات أو الحدود أو الكفارات أو غيرها من التعبديات التى لا تدرك عللها ولا مجال للقياس فيها . وطريقه واحدة وهى البحث فى علة حكم الأصل لتسوى به فى حكمه كل واقعة ساوته فى علة . فكل قياس هو اجتهاد وليس كل اجتهاد بقياس .

(الثانى) الفرق بين القياس ومفهوم الموافقة :

إذا دل نص على حكم فى واقعة لعل فيها ووجدت هذه العلة متحققة فى واقعة أخرى مثل تحققها فى واقعة النص أو أكثر تحققاً وكان إدراك تحقق العلة فى الواقعة الأخرى من الوضوح بحيث يكفى فيه الفهم اللغوى لعبارة النص ولا يحتاج إلى اجتهاد فإن الواقعة الأخرى المسكوت عنها يحكم فيها بالحكم الذى ثبت لواقعة النص ويكون النص دالاً على حكمين على حكمه فى الواقعة التى ذكرت فيه وهذا هو منطوق النص وعلى حكمه فى الواقعة التى لم تذكر فيه ولكنها ساوت واقعته فى علة الحكم مساواة ظاهرة جلية ، وهذا هو مفهوم النص الموافق وبتعبير آخر يكون النص مستفاداً منه حكماً من عبارته وهو حكمه فى الواقعة المذكورة فيه ، وحكم من دلالة وهو حكمه فى الواقعة التى لم تذكر فيه ولكن تحققت فيها علة الحكم بجلاء ، مثلاً قال الله تعالى فى شأن الوالدين : « إيا يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف » استفيد من عبارة هذا النص تحريم أن يقول الولد لوالديه هذا اللفظ « أف » أى

أنضجر ، واستفيد من دلالة تحريم أن يقذفهما ، أو يضر بهما ، أو ينهرهما ، لأن هذه الوقائع متحققة فيها علة التحريم لقول أف بل هي أكثر تحقّقاً فيها والفقرة الثانية من المادة ق ع استفيد من عبارتها أن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضاه معاشرتها ، واستفيد من دلالتها أن له أن يقف السير في إجراءات الدعوى لأن علة منحه الحق في وقف تنفيذ الحكم تقتضي هذا بالأولى ، وهذا الحكم المستفاد من دلالة النص يسمى مفهوم الموافقة ، وقد اختلف العلماء هل هو مدلول النص أى أنه مستفاد من النص ، أو هو مستفاد بالقياس لأنه تسوية واقعة مسكوت عنها بواقعة منصوص عاها في الحكم الذي ورد به النص لاشتراك الواقعتين في علته . والحق أنه مستفاد من النص وليس مستفاداً بالقياس ، والفرق بين مفهوم الموافقة وبين حكم القياس أن مفهوم الموافقة يدرك فيه تساوى الواقعة المسكوت عنها وواقعة النص في العلة بمجرد فهم اللغة ومن غير عملية استنباط فالولد يفهم لغة من نهيه عن أن يقول لوالديه أف نهيه عن كل إيذاء وإيلاء من غير إجراء قياس وهذا فهم من النص ، غاية الأمر أنه ليس فهماً من عبارته وإنما هو فهم من روحه ومعقوله ، ولهذا أسمينا ما فهم من عبارة النص منطوق النص وما فهم من دلالة النص وروحه ومعقوله مفهومه الموافق ، ومن أجل هذا زاد بعضهم في تعريف القياس قوله : لتساوى الواقعتين في علة حكم الأصل التي لا يدرك تحققها في الفرع بمجرد فهم اللغة . وهذا للاحتراز عن دلالة النص أى مفهوم الموافقة .

(الثالث) القياس ظنى الدلالة على حكم الفرع أو قطعى :

يؤخذ من تعريف القياس أن أساس كل قياس هو معرفة علة حكم الأصل لأنه بناء على تساوى الأصل والفرع في هذه العلة يحكم بتساويهما في الحكم ، وعلى هذا إذا كانت علة حكم الأصل تدرك على سبيل القطع والجزم بأن دل عليها نص قطعى وقطع بوجودها في الفرع فالقياس قطعى الدلالة على حكم الفرع لأن النص على أن علة الحكم هو هذا الوصف المعين نص على ثبوت الحكم في كل محل يوجد فيه هذا الوصف لأن المعلول يوجد حيث توجد علته فقولته تعالى في الحيض : « قل هو أذى

فاعتزلوا النساء في المحيض » نص على ثبوت إيجاب اعتزالهن في كل ما هو أذى .
ولو فرض أن الشارع نص على أنه حرم الخمر لإسكاره كما روى « كل مسكر خمر وكل
مسكر حرام » فهو نص على تحريم كل مسكر . ففي حال النص على علة الحكم القياس
من باب تطبيق النص ولهذا يحتج به كثير من نفاة القياس .

وأما إذا كانت علة حكم الأصل غير منصوص عليها واستنبطها المجتهد بمسلك
من مسالك العلة الآتي بيانها فهي علة ظنية والقياس المبني عليها ظني الدلالة على حكم
الفرع وهذا هو أكثر الأقيسة وهو الذي اختلف في حجتيه ، وهو الذي لا تثبت به
الحدود لأنها تدرأ بالشبهات .

(الرابع) القياس مظهر حكم الفرع لا مثبتته :

المراد بهذا أن القياس يظهر حكم الشريعة في الفرع ولا يثبت حكما لم يكن
ثابتا من قبل . وبرهان هذا أن كل واقعة من الوقائع لها في الشريعة الإسلامية حكم ،
وهذه الأحكام بعضها كشفها الشارع بنصوصه وبعضها لم يكشفها بنصوصه ولكن
أقام عليها أدلة تكشفها باجتهاد المجتهد . فالجتهاد بالقياس أو بالاستحسان
أو بالاستصحاب أو بالمصلحة المرسلة إنما يكشف ويظهر حكم الشريعة في الواقعة
المعروضة ولا يثبت ولا ينشئ حكما من عنده . فالقائس إذا توصل إلى أن علة تحريم
الخمر الإسكار توصل إلى أن التحريم هو حكم الشريعة في كل مسكر ، وأظهر أن هذا
التحريم هو حكم الشريعة في نبيذ التمر ونبيذ الشعير وكل مسكر ويؤيد هذا قول
الشافعي رحمه الله : « وعلى المسلم إذا لم يكن فيما نزل به حكم بعينه طلب الدلالة
على سبيل الحق فيه بالاجتهاد وهو القياس » فالاجتهاد يدل على حكم الشارع
في الواقعة ولا ينشئه . ومن هذا يظهر وضوح عبارة من عرف القياس بأنه تعدية الحكم
من الأصل إلى الفرع ، وعدم وضوح عبارة من قال في تعريفه إنه إثبات مثل حكم
الأصل في الفرع ، ولو كان القائس يثبت وينشئ حكما ما كان حكمه شرعيا ولا كان
القياس حجة شرعية لأن حجية القياس مبنية على أن الشريعة إذا حكمت حكما

في واقعة لعله غلب على الظن أن حكمها كذلك في كل واقعة تحققت فيها هذه العلة وكل ما غلب على الظن أنه حكم الله وجب، اتباعه فالقياس مظهر وكاشف أن الفرع الذي تحققت علة حكم الأصل فيه، حكم الشريعة فيه هو حكم الأصل والمراد أنه كاشف ومظهر حكم الشريعة في الفرع حسب غلبة ظن المجتهد لا حسب الحقيقة والواقع لأن الحقيقة والواقع لا يعلمهما إلا الله، وإنما نكلف حسب ما يوصلنا إليه إدراكنا وغلبة ظننا. فكون الوصف المعين هو علة الحكم في الأصل إنما هو حسب غلبة ظن المجتهد وكذلك تساوى الفرع في الأصل في هذه العلة وتساويهما في الحكم، ولهذا زاد بعضهم في تعريف القياس قوله لاشتراك الفرع والأصل في علة الحكم عند المثبت أى لا في الواقع وحسب علم الله .

حجية القياس

أول ما يعنى به الأصولى من بحوث أى دليل شرعى بعد تعريفه، وبيان حقيقته هو البحث في حجيته أى في البرهان على أنه حجة ومصدر تشريعى يجب العمل بما دل عليه، لأن الحكم المستفاد منه لا يكون قانوناً ملزماً إلا إذا ثبت أنه حكم شرعى صادر عن دليل أقر الشارع الإسلامى الاستدلال به، ولهذا نبحت في حجية القياس . لا يعرف خلاف بين من يعتقد بهم من علماء المسلمين في أن القياس حجة شرعية يجب العمل بالحكم الدال عليه في حالتين . إحداهما : إذا كان مبنياً على علة منصوص عليها ، لأن النص على علة الحكم نص على ثبوت الحكم في كل واقعة توجد فيها هذه العلة ، وثانيتها : إذا كان القياس من أقيسة الرسول صلى الله عليه وسلم ، لأن الرسول إذا قس وأقره الله على قياسه ، فعن الله علل ، وعن الله أثبت الحكم في الفرع .

وأما القياس حيث لا نص على علة الحكم من غير الرسول المعصوم فقد اختلف العلماء في أنه حجة شرعية ، وتشعبت آراؤهم عدة شعب ، وأظهر هذه الآراء اثنان : رأى جمهور علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء المتكلمين ، وهو أنه حجة شرعية

على الأحكام العملية ، ودليل إقامه الشارع للاستدلال به على حكم مالا نص فيه من الوقائع ، ويطلق على هؤلاء مثبتو القياس ورأى النظام وأتباعه وداود الظاهري وأتباعه وفرق من الشيعة وهو أنه ليس حجة شرعية ولا يصح الاستدلال به على حكم شرعى ، ويطلق على هؤلاء نفاة القياس ، ومن هؤلاء من غلوا وأنكروا حجية القياس والاستدلال به ولو كانت علة حكم الأصل منصوفاً عليها كأتباع داود الظاهري .

وقد تنوعت المسالك في إيراد حجج الفريقين وشبههم ، وكل باحث قد سلك المسلك الذى يوصل إلى تأييد ما يرجحه من إثبات أو نفي . فالإمام الشوكاني في كتابه إرشاد الفحول لأنه من نفاة القياس سلك مسلك أن الأصل عدم حجية القياس ، وأنه ليس على نفاة القياس أن يقيموا دليلاً على عدم حججته وهم في مقام المنع أى طلب الدليل من مثبتيه ، وعلى مثبتى حججته إقامة الدليل . وأورد أدلهم وأتبع كل دليل بما يفنده حسب زعمه .

ونحن نورد أظهر أدلة مثبتى القياس وأظهر أدلة نفاته ، ونتبع كل دليل من أدلة نفاته بما ينقضه ، وندفع أظهر شبههم ليخلص لنا إن شاء الله الحق الذى يدين به جمهور علماء المسلمين وتقره الفطرة السليمة ، وهو حجية القياس .

أدلة مثبتى القياس الذين يحتجون به :

استدل مثبتو القياس بالقرآن ، وبالسنة ، وبأقوال الصحابة وأفعالهم ، وبالعقول :

١ — أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته ثلاث آيات :

الآية الأولى : قوله تعالى في سورة النساء : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا

الرسول وأولى الأمر منكم . فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله وإلى الرسول إن كنتم

تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً » . ووجه الاستدلال بهذه الآية

أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا في شئ ليس لله ولا لرسوله ولا لأولى

الأمر منهم فيه حكم أن يردوه إلى الله وإلى الرسول ، وردة أى إرجاعه إلى الله وإلى

الرسول بإطلاقه يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما . ولا شك أن إلحاق مالا نص

الآية الثانية : قوله تعالى في سورة الحشر : « هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب من ديارهم لأول الحشر ما ظننتم أن يخرجوا . وظنوا أنهم ما نفتهم حصونهم من الله . فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا . وقذف في قلوبهم الرعب يخرجون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين . فاعتبروا يا أولى الأبصار » وموضع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بنى النضير الذين كفروا وما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال فاعتبروا يا أولى الأبصار ، أى فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم .

وهذا يدل على أن سنة الله في كونه أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها ، ومسببات لأسباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها أسبابها ، وما القياس إلا سير على السنن الإلهي وترتيب المسبب على سببه في أى محل وجد فيه ، وهذا هو الذى يدل عليه قوله سبحانه فاعتبروا . وقوله : « إن في ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان في قصصهم عبرة » سواء فسر الاعتبار بالعبور أي المرور أو فسر بالاعتناظ فهو تقرير لأن سنة الله في خلقه أن ما جرى على النظير يجرى على نظيره . ألا ترى أنه إذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين : إن في هذا لعبرة لكم أو اعتبروا لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله فإن فعلتم فعله عوقبتم عقابه ولا عبرة بشخصه .

الآية الثالثة : قوله تعالى في سورة يس : « قل يحییها الذى أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال : من يحيي العظام وهى رميم . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدلل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث . فإن الله سبحانه قاس إعادة الخلق بعد فنائها على بدء خلقها وإنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء وإنشائه أول مرة قادر على أن يعيده ، بل هذا أهون عليه فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجته وصحة الاستدلال به .

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها في دلالتها أن الله سبحانه في عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلمته مثل قوله سبحانه في الحويض : « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض » وقوله في إباحة التيمم : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » وفي هذا إرشاد إلى أن الأحكام مبنية على المصالح ومرتبطة بالأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد حيث يوجد سببه وما بنى عليه .

٢ - وأما السنة فأظهر ما استدلوا به منها دليلاً الأول حديث معاذ بن جبل الذي رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد اجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذاً على أنه يجتهد إذا لم يجد نصاً يقضى به في الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم ، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال ، والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثاني ما ثبت في صحاح السنة من أن رسول الله في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها استدلل على حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول في هذا الأمر العام تشريع لأُمَّته ، ولم يقم دليل على اختصاصه به فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأُمَّته فيه أسوة .

وورد أن جارية خثعمية قالت : يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج شيخاً زماً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم ، قال فدين الله أحق بالقضاء . وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تمضمضت من الماء وأنت صائم ؟ قال عمر : قلت لا بأس بذلك ، قال فصمه . وورد أن رجلاً من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود ، فقال له الرسول :

هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من أورك^(١) قال : نعم ، قال فمن أين ؟ قال : لعله نزع عرق ، قال : وهذا لعله نزع عرق . وفي الجزء الأول من أعلام الموقعين أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول .

٣ — وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهي ناطقة بأن القياس حجة شرعية . فقد كانوا يجتهدون في الوقائع التي لا نص فيها ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبايعوا أبا بكر بها ، وبينوا أساس القياس بقولهم : رضيهم رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لديننا ، وقاسوا خليفة الرسول على الرسول ، وحاربوا مانعي الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كانت يأخذها الرسول ، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وقال علي بن أبي طالب : ويعرف الحق بالمقايسة عند ذوى الألباب . ولما سمع ابن عباس نهى الرسول عن بيع الطعام قبل أن يقبض قال لا أحسب كل شيء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم في الجزء الثاني من أعلام الموقعين ابتداء من صفحة ٢٤٤ عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفتوافيها باجتهادهم وكان مدار اجتهادهم على القياس ، وما أنكر الرسول في حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاد الرأي وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حجية القياس تخطئه لما سار عليه الصحابة في اجتهادهم وقرروه بأفعالهم وأقوالهم

٤ — وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه ثلاثة أول ، أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هي الغاية المقصودة من تشريع الأحكام فإذا ساوت الواقعة المسكوت عنها الواقعة المنصوص عليها في علة الحكم التي هي مظنة المصلحة قضت

(١) الأورك من الإبل الأسود غير الحالك بل يميل إلى البقرة .

الحكمة والعدالة أن تساويها في الحكم تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصود الشارع من التشريع ، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده ، ويبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الخمر وهي الإسكار لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وثانيها أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها مصادر تشريعية لما لا يتناهى والقياس هو المصدر التشريعي الذي يسائر الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ، ويوفق بين التشريع والمصالح ، وثالثها أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح ، فإن من نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل سام ، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلماً لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف في أن ما جرى على أحد المثلين يجرى على الآخر .

أدلة نفاة القياس الذين لا يحتجون به :

استدل نفاة القياس على أنه ليس حجة شرعية بعدة آيات من القرآن ، وبعض أحاديث للرسول ، وبعض أقوال الصحابة ، وبالمعقول ، وكأنهم قصدوا أن يعارضوا كل دليل للمثبتين بدليل من نوعه .

١ - استدلو من القرآن الكريم بالآيات الآتية :

(١) بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله » ووجه استدلالهم بها أن الآية نهت المؤمنين عن أن يتقدموا الله ورسوله بحكم في واقعة أو بأمر . والقياس تقدم بين يدي الله ورسوله بحكم في واقعة ما حكما فيها — وهذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه بطريق من الطرق سواء أ كان المراد من لا تقدموا لا تتقدموا أم لا تقدموا أي أمر لأن القياس ليس فيه تقدم ولا تقديم بين يدي الله ورسوله بل فيه متابعة لله ورسوله وسير وراءهما وحكم بما حكما به في واقعة مسكوت عنها ،

فالأية نهت المؤمنين عن أن يسبقوا الله ورسوله في أى شيء ، والقياس لا سبق فيه بل هو متابعة واقتداء ماحكم به الله ورسوله .

(ب) بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وسائر الآيات التي توعدت من لم يحكم بما أنزل الله . ووجه استدلالهم بها أن القياس حكم بما لم ينزل الله . وهذه الآيات لا تدل أيضاً على ما ذهبوا إليه لأن المراد بها أن يكون الحكم بما أنزل الله من أحكام دلت عليها النصوص ، ومن أحكام استنبطت بطريق من الطرق التي أرشد الله إليها في كتابه ، فمن حكم بحكم النص فقد حكم بما أنزل الله ومن حكم بحكم دلت عليه طرق الاجتهاد القرآنية فقد حكم بما أنزل الله ، ومنها الإجماع ومنها القياس لأن الله أمر بطاعة أولى الأمر وأمر برد المتنازع فيه إلى المنصوص عليه . فالقياس يكشف ويظهر حكم الله في الواقعة المسكوت عنها والحكم الذي يكشفه في الفرع هو حكم الله في الأصل وقد أنزله الله في قوله وردوه إلى الله .

(ج) بقوله تعالى : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » ، وقوله سبحانه : « ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » وقوله : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » . ووجه استدلالهم بهذه الآيات أن القرآن فيه بيان كل حكم ولا حاجة معه إلى التشريع بالقياس لأنه إذا دل القياس على نفس ما دل عليه القرآن فلا حاجة إليه وإذا دل على خلافه فهو مردود .

وهذه الآيات لا دلالة لها على ما ذهبوا إليه — أما قوله سبحانه : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » فليس المراد بالكتاب فيها القرآن بل المراد كتاب علمه سبحانه وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله عز شأنه : « وما من دابة في الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم ما فرطنا في الكتاب من شيء » وكذلك قوله تعالى : « ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » ليس الكتاب فيها القرآن بل كتاب العلم الإلهي وإحاطته وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله تعالى : « وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها إلا هو ويعلم ما في البر والبحر . وما تسقط من ورقة إلا يعلمها ولا حبة في ظلمات الأرض ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين » .

فإن كتاب في هاتين الآيتين هو كتاب علم الله وإحاطته ، وهو المذكور في قوله سبحانه : « وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها كل في كتاب مبين » .

وأما قوله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » فالمراد أنه تبيان لكل شيء بالمجموعة التي اشتمل عليها من أحكام ومبادئ تشريعية عامة وطرق استنباط أرشد إليها ، أى أنه بواسطة هذه المجموعة يمكن التوصل إلى كل حكم ، إما من النص ، وإما من القواعد العامة ، وإما بالاستنباط برده إلى الله ورسوله ، وليس المراد بأنه تبيان لكل شيء أنه نص على حكم كل واقعة حدثت أو تحدث ، لأن هذا غير صحيح ، ولا مطابق للواقع .

(د) بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » أى لا تتبع ما لا تعلم ، ووجه استدلالهم بهذه الآية . أن الله نهى رسوله عن أن يتبع ما لا يعلم ، والقياس ظنى الدلالة على حكم الفرع والعمل بحكمه اتباع لما ليس للمتابع به علم .

وهذه الآية لا دلالة فيها على مذهبهم ، لأن الآية في موضوع الأحكام الاعتقادية ، وجميع الآيات التي نهت عن اتباع الظن وقررت أن الظن لا يغنى من الحق شيئاً هي في الاعتقاد ، لأن العقيدة لا تبني إلا على العلم . وأما الأحكام الشرعية العملية ، فمن المتفق عليه أنه يكفي أن تبني على الظن الراجح لأنه لو لزم بناؤها على العلم والقطع لتوقفت أعمال الناس ونالهم الحرج ، فأكثر النصوص الشرعية ظنية الدلالة ولا تفيد إلا الظن ، والاتجاه إلى الكعبة في الصلاة بالتحري وهو لا يفيد إلا الظن ، والشهادة أو اليمين يقضي بهما ولا يفيد أحدهما إلا الظن .

٢ — واستدلوا من السنة بحديث رواد ابن حزم في رسالته الكبرى عن أبي هريرة وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب ، وبرهة بالسنة ، وبرهة بالقياس ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا » .

ووجه استدلالهم به أنهم فهموه هكذا : تعمل هذه الأمة مرة بالكتاب إذا وجد ،

ومرة بالسنة إذا لم يوجد كتاب ، ومرة بالقياس إذا لم يوجد كتاب ولا سنة ، فإذا فعلوا ذلك ، أى عملوا بالقياس حيث لا كتاب ولا سنة فقد ضلوا . ولا يمكن استدلالهم به إلا بهذا التعسف فى فهمه ، وهذا الحديث ليس دليلاً على ما ذهبوا إليه لأمرين . أولاً : أنه من جهة سنده غير مقبول ، وقد قال ابن السبكي « هو لا تقوم به الحجة لأن بعض رواته كذبه ابن معين » .

وثانياً : أنه على فرض صحته فإن معناه المتبادر منه غير ما فهموه . فإن المعنى الظاهر المتبادر فهمه منه تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب وحده ولا يحتجون بسنة ولا بقياس وبرهة بالسنة فيعملون بما تقضى به ويتأولون نصوص الكتاب . وبرهة بالقياس فيعملون به ويتأولون نصوص الكتاب أو السنة إن خالفته ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا . وهذا معنى حق وتاريخ التشريع الإسلامى يؤيده ، وبهذا يكون الحديث دليلاً على حجية القياس لأنه ذكر مع الكتاب والسنة فى بيان ما يعمل به وترتيب الاستدلال .

٣ — واستدلوا من أقوال الصحابة بما أثر عن كثير منهم من استنكار الحكم بالرأى والنعى على من أفتوا منهم بالرأى . من ذلك قول أبى بكر : « أى سماء تظلمنى وأى أرض تقلنى إذا قلت فى كتاب الله برأى » وقول عمر : « إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا » ، وقوله : « إياكم والمكايلة ، قيل وما المكايلة ؟ قال المقايسة ، وقول على : « لو كان الدين يؤخذ بالرأى لكان باطن الخلف أولى بالمسح من ظاهره » وقول ابن عباس : إن الله تعالى قال لنبيه : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولم يقل بما رأيت ، ولو جعل لأحد أن يحكم برأيه لجعل ذلك لرسوله وقول ابن عمر « السنة ما سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجعلوا الرأى سنة » وقوله : « إن قوماً يفتون بآرائهم لو نزل القرآن لنزل بخلاف ما يفتون » وقوله : « اتهموا الرأى على الدين فإنه منا تكلف وظن وإن الظن لا يغنى من الحق شيئاً » وقول ابن مسعود : « إذا قلتم فى دينكم بالقياس أحللتهم كثيراً مما حرمه الله وحرمت كثيراً مما حله الله » إلى غير ذلك مما أثر

عن الصحابة والتابعين من ذم الرأي والإنكار على الرأيين . وهذه الأقوال إذا صححت روايتها عن قائلها لابد أن تفهم على وجه يكون فيه توفيق بينها وبين أقوال الصحابة الأخرى وأفعالهم . وتوفيق بينها وبين إقرار الرسول لمعاذ بن جبل حين قال إن لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما أقضى به اجتهد رأيي ولا آلو . فإنه مما لا يعرف فيه خلاف أن بعض الصحابة في عهد الرسول اجتهدوا في تعرف أحكام بعض الوقائع التي نزلت بهم وأقرهم الرسول على اجتهدهم ، وأنه صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن العاص حين عهد إليه أن يفصل في قضية معروضة : اجتهد إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر . وأنه أقر معاذاً على أن يجتهد رأييه ، وأن الصحابة بعد الرسول اجتهدوا رأيهم في عدة وقائع لا نص فيها واستنبطوا فيها أحكاماً باجتهادهم وخالف بعضهم بعضاً في استنباطه . فقد اختلفوا في توريث الإخوة مع الجد . وفي توريث ذوى الأرحام . وفي الرد على أصحاب القروض . وفي نفقة المبتوتة وفي وقائع كثيرة ، وكانت أحكامهم اجتهداً بآرائهم . ومن جادل في أن الصحابة اجتهدوا رأيهم في وقائع لا نص فيها واستنبطوا كثيراً من الأحكام بهذا الاجتهاد فهو مجادل بالباطل ومنكر للمتواتر . وإذا فلا يمكن أن يتناقض هؤلاء الأجلاء ويقولوا غير ما يفعلون ، ولابد من أنهم أرادوا بما أثر عنهم من ذم الرأي والإنكار على الرأيين الرأي الصادر عن هوى ، والمقصود به مصالح خاصة والرأي الذي يتأول به نص في كتاب الله أو سنة رسوله والرأي الذي يهدم مبدأ شرعياً قررته النصوص ، والرأي الذي هو مكايلة ومقايسة بالمجازفة ويرجح هذا كلمة ابن مسعود « إذا قلتم في دينكم بالقياس أحللتهم كثيراً مما حرمه الله وحرمتهم كثيراً مما حلله » فإن هذا صريح في أنه قول بالقياس حيث ثبت لله تحريم أو تحليل ، وهذا قياس باطل لأن القياس إنما يصح حيث لا يكون للشارع نص على حكم . وابن القيم في إعلام الموقعين قسم الرأي إلى ثلاثة أقسام وبين ما هو منها موضع الذم وما هو منها مقبول محمود ، فليراجعه من أراد المزيد .

٤ — واستدلوا من المعقول بعدة أدلة منها أن القياس طريق اجتهدى يؤدي

إلى الخلاف والمنازعة والتناقض في الأحكام لأنه مبني على استنباط علة الحكم في الأصل وهذا مما يختلف فيه الأنظار وتتفاوت في فهمه العقول فهو لا محالة سبيل الاختلاف والتناقض ، واستقراء أحكام القياسيين أوضح دليل على هذا ، فالقياس وسع مسافة الخلاف بينهم وأدى إلى أن الواقعة الواحدة فيها حكان شرعيان متناقضان ، فالعقد صحيح في مذهب وباطل في مذهب آخر والمرأة يحل الزواج بها في مذهب ويحرم الزواج بها في آخر — والجواب عن هذا أن اختلاف الأئمة المجتهدين في الأحكام الجزئية الفرعية بناء على القياس لا يؤدي إلى مفسدة لأنه اختلاف فرعى جزئى عملى لا فى أصل الدين ولا فى عقيدة من عقائده وقد وردت عدة آثار يؤيد بعضها بعضاً صريحة في أن هذا الاختلاف فيه رحمة بالأمة لأنه مبني على تقدير المصالح وتفاوت العقول في فهمها . ولو كان كل دليل يؤدي الاستدلال به إلى الاختلاف لا يحتاج به لكانت جميع النصوص الشرعية الظنية الدلالة في القرآن والسنة غير حجة لأن تفاوت العقول في فهمها يؤدي حتماً إلى الاختلاف فيما يستنبط منها — ومنها أن القياس أساسه الظن بأن علة حكم الأصل هي هذا الوصف وما يفيد هو الظن بأن حكم الفرع هو كذا والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن ونهى رسوله عن أن يتبع ما ليس له به علم . وقد قدمنا في رد استدلالهم بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ما يكفي في الرد عليه ، فإنه من المتفق عليه الاحتجاج بالنصوص الظنية الدلالة ، وهي لا تنفد إلا الظن و بخبر الواحد وهو لا يفيد إلا الظن ، ومن المتفق عليه أن العبادات والمعاملات والقضاء والشهادة يكفي فيها الظن ، ولا يلزم بناء الأحكام العملية على العلم . ومن قرأ الآيات التي نهت عن اتباع الظن ونعت على من اتبعوه يتبين من سياقها أنها في الإيمان والأحكام الاعتقادية — ومنها ما قرره النظام من أن أحكام الشريعة الإسلامية فيها تفريق بين المتماثلات ، وجمع بين المختلفات ، فلا يمكن أن يكون القياس دليلاً على الأحكام في هذه الشريعة ، لأن مدار القياس على التسوية بين المتماثلات والتفريق بين المختلفات وساق عدة أمثلة من الأحكام الشرعية التي فيها تفريق بين المتماثلات . منها أنه أسقط عن الحائض في مدة حيضها الصلاة والصوم

نم كلفها أن تقضى الصوم دون الصلاة . ومنها أنه قطع يد سارق القليل ولم يقطع يد غاصب الكثير ، ومنها أنه أوجب جلد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر . ومنها أنه قبل في القتل شاهدين . ولم يقبل في الزنا إلا أربعة شهداء ، وساق أيضاً عدة أمثلة مما فيها جمع بين المختلفات منها أنه جعل التراب طهوراً كالماء مع أن الماء منظف والتراب مشوه ، ومنها أنه سوى بين الردة والزنا في إيجاب القتل . والجواب عن هذا أن النظام لم ينظر إلى الوقائع من جميع نواحيها . ففي التماثلات نظر إلى نواحي التماثل فقط وغض بصره عما يختلف فيه من نواح أخرى . وفي المختلفات نظر إلى نواحي التخالف فقط وغض بصره عما تماثل فيه من نواح أخرى ، وكل إنسان يماثل أى فرد من أفراد نوعه في أنه إنسان ويخالفه في نواح أخرى ، فقد يتفقان في حكم بالنظر إلى تماثلهما في الإنسانية ويختلفان في حكم بالنظر إلى تخالفهما بالذكورة والأنوثة أو الرشد والسفه أو غير ذلك ، وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في التماثلات فيه نواح من نواحي التخالف بنى عليه اختلاف الحكم ، وكل مثال من الأمثلة التي ساقها في المختلفات فيها نواح من نواحي التماثل بنى عليه اتفاق الحكم ، وابن القيم في إعلام الموقعين بعد أن أورد الأمثلة التي ساقها النظام زاد عليها أمثلة أخرى وأجاب عنها مبيناً حكمة الشارع في التفريق بين ما تماثلت ظاهراً وفي الجمع بين ما اختلفت ظاهراً وفصل هذه الحكمة في كل جزئية تفصيلاً يقنع كل منصف بحكمة الشارع وعدالته ، وبأن النظام أدرك شيئاً وغابت عنه أشياء .

مالا يجري فيه القياس

من الأحكام الشرعية أحكام يجب قصرها على مواضع نصوصها ولا يجوز أن تعدى إلى غيرها بواسطة القياس ويطلق عليها الأحكام التي لا يجري فيها القياس . ولم يتفق علماء الأصول على كلمة واحدة فيما لا يجري فيه القياس . وهذا بيان مالا يجري فيه القياس وآراء الأصوليين في كل نوع .

١ - الحدود والكفارات : الحدود عقوبات مقدرة بالنص لجرائم معينة ، وهي : مائة جلدة لجريمة الزنا ، وثمانون جلدة لجريمة قذف المحصنات ، وقطع اليد لجريمة السرقة ، والقتل أو الصلب أو الحبس أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف لجريمة محاربة الله ورسوله والسعى في الأرض فساداً ، والقصاص لجريمة القتل العمد العدوان .

والكفارات عقوبات مقدرة بالنص لذنوب معينة أوجبت على المذنب تكفيراً لذنبه ، وهي : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام لذنب الحنث واليمين ، وتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين لذنب القتل خطأ ، وتحرير رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً لذنب من ظاهر من زوجته ثم أراد العودة إلى الاستمتاع بها . ومثل هذه الكفارة أى كفارة الظهار لذنب الإفطار عمداً في رمضان . وكفارة من قتل صيداً وهو محرم أن يتصدق بمثله من النعم .

ومذهب الحنفية وأكثر الفقهاء أن كل حد من هذه الحدود وكل كفارة من هذه الكفارات يقتصر به على موضعه الذى ورد فيه النص . ولا يجوز أن يعدى إلى غيره بالقياس . فلا يجوز إثبات مائة جلدة في جريمة مثل الزنا قياساً على الزنا ، ولا يجوز إيجاب تحرير رقبة وكفارة ذنب قياساً على القتل خطأ . ودليلهم على هذا أمران :

الأول : أن هذه المقدرات سواء أكانت حدوداً أم كفارات لا سبيل للعقل إلى إدراك علة التقدير فيها بمقدار خاص دون سواء فلا سبيل للعقل إلى إدراك علة تقدير الجلدات لجريمة الزنا بمائة دون تسعين أو مائة عشر ، ولا إلى إدراك علة تقدير عدد المساكين الواجب إطعامهم أو كسوتهم لتكفير ذنب الحنث في اليمين بعشرة دون تسعة أو أحد عشر ، وأساس القياس إدراك علة حكم الأصل . فكل حكم لا تدرك علته في موضع النص لا يمكن أن يعدى بالقياس .

الثانى : أن الحدود تدرأ بالشبهات لقوله صلى الله عليه وسلم . « أدرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ودرء الحدود بالشبهات يشمل درء تنفيذها على المتهم إذا وجدت شبهة في أنه أجرم . ويشمل درء إثباتها في غير واقعة النص بدليل فيه شبهة . ولا شك أن القياس دليل فيه شبهة لأنه ظنى ولأنه مختلف في حجيته فلا يثبت به ما يدرأ بالشبهة وهو الحدود كما لا تثبت بخير الواحد وبأى دليل ظنى . وفى معنى الحدود الكفارات لأنها عقوبات مقدرة ، ولهذا قال الأصوليون الكفارات عقوبات فيها معنى العبادة لأنها تؤدى بما هو عبادة من صوم وصدقة .

ومذهب الشافعية أن الحدود والكفارات تثبت بالقياس وأن الحكم بحد أو كفارة يعدى إلى غير موضع النص بواسطة القياس ، واستدلوا بدليلين :

أولهما : أن البراهين التى دلت على حجية القياس عامة لا تخص حجيته بنوع من الأحكام دون نوع فتتناول بعمومها الحدود والكفارات . وهذا دليل مردود لأنه ما من عام إلا وخصص . والأدلة التى اشترطت شروطاً فى حكم الأصل الذى يعدى بالقياس ، والتى دلت على أن لا قياس فى الحدود والكفارات هى مخصصة لعموم حجية القياس .

وثانيهما : أن الصحابة أثبتوا حد الشرب بالقياس على حد القذف ، فإنهم لما تشاوروا فى عقوبة الشارب ، قال على بن أبى طالب : « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فأرى عليه حد الافتراء » فألحق الشرب بالقذف لأنه مظنته وأوجب فيه حده وهذا هو القياس ووافقته الصحابة على هذا . وهذا الدليل أيضاً مردود لأن الشرب لم تحدد عقوبته فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله . وفى عهد الرسول كان يؤتى بالشارب فمن الصحابة من يضربه بالنعل ومنهم من يرميه بالحصى ، وما شرعت له بالنص عقوبة مقدرة وكل جريمة لم تقدر عقوبتها فمبها التعزير وهو عقوبة غير مقدرة بالنص يقدرها القاضى بما يراه مناسباً للجريمة وكافياً لردع المجرم واعتبار غيره ، وعلى بن أبى طالب ما قدر للشرب عقوبة محددة

وإنما استأنس لتقدير أقصى ما يعاقب به الشارب وهو ثمانون جلدة بأن أقصى ما يصدر عنه أن يقذف . فهو لم يحدد بالقياس عقوبة ، وإنما استأنس في تعزيره . وقد اعترض على الحنفية بأنهم في الفروع خالفوا مذهبهم في الأصول . فقد قاسوا في الحدود فأوجبوا قطع يد النشال والنباش قياساً على السارق . وقاسوا في الكفارات فأوجبوا الكفارة على من أكل أو شرب عمداً في نهار رمضان قياساً على من جامع عمداً في نهار رمضان . والجواب أن الحنفية أوجبوا قطع يد النشال والنباش بدلالة النص الذي أوجب قطع يد السارق لا بالقياس لأن علة قطع يد السارق أكثر توافراً في النشال من السارق . ويتساوى فيها النباش والسارق . وهذه الأثرية في التوافر أو التساوى تفهم بمجرد فهم اللغة كما يفهم النهى عن ضرب الوالدين من قوله تعالى : « ولا تقل لهما أف » . وكما يفهم الوعيد على أن يؤكل الوصى مال القاصر لغيره من قوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً » . وكذلك أوجبوا الكفارة على من أكل أو شرب عمداً في نهار رمضان بدلالة النص الذي أوجب الكفارة على من جامع عمداً في نهار رمضان لأن الأكل والشرب والجماع سواء في أنها جنائية على حرمة الفريضة ، وهذه المساواة من الظهور بحيث تفهم بمجرد فهم النص . فما أثبتوا حداً بالقياس ولا كفارة .

٢ — العبادات : أحكام العبادات نوعان : أحكام متعلقة بأصول العبادات وكيفيات أدائها ، مثل : افتراض خمس صلوات ، وصوم رمضان ، وأداء الزكاة من الأموال ، وحج البيت . ومثل : أداء الظهر أربعاً والمغرب ثلاثاً ، وأداء الركعة بركوع واحد وسجودين ، والصوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، وتقدير نصاب معين هو الذي تجب فيه الزكاة ، ومقدار الواجب ، وكون الحج بالطواف بالبيت والوقوف بعرفة ، ونحو ذلك مما يظهر فيه معنى التعبد ، ولا مجال للعقل إلى إدراك علة تشريعه في الأصل ، فهذه الأحكام لا يجري فيها قياس ، ولا يسوغ إثبات حكم منها في غير موضع النص بواسطة القياس ، فلا يسوغ بالقياس افتراض صلاة

سادسة ، ولا صوم لأى شهر آخر ، ولا حج مكان آخر . ولا يسوغ تعديّة كيفية خاصة من كيفيات أداء العبادات ، لأن أساس تعديّة حكم إلى غير موضع النص هو إدراك علة الحكم ، وهذه الأحكام فى مواضع نصوصها لا سبيل للعقل إلى إدراك علها . وأحكام متعلّقة بما يعرض للعبادات ، من صحة وفساد ، ووجوب وندب ، وما تتوقّف عليه من شروط كطهارة وغيرها مما هى عوارض ووسائل للعبادات ، وهذه للعقل سبيل إلى إدراك علها ، وإذا ورد نص بحكم منها وعرفت علته بمسلك من مسالك العلة يسوغ أن يعدى إلى غير موضع النص بواسطة القياس ، ولهذا حكم الأئمة المجتهدون بالقياس فى نواقض انوضوء ومفسدات الصلاة والصوم وبعض العلماء قال لا قياس وأحكام العبادات مطلقاً .

٣ - الرخص : الرخصة حكم استثنائى شرعه الشارع تخفيفاً على المكلف فى حال خاصة تقتضى هذا التخفيف ، ويقابلها حكم العزيمة ، وهو ما شرع ابتداءً عاماً ليس خاصاً بحال دون حال . ومثال الرخص قصر الصلاة الرباعية فى السفر ، والجمع بين الصلاتين للمطر ، وإباحة الفطر فى رمضان المرض أو السفر ، والمسح على الخفين ، وإباحة العرايا والسلم . وقد ذهب الحنفية إلى أن أحكام الرخص . أحكام استثنائية معدول بها عن أحكام العزيمة ، شرعت فى أحوال خاصة ، فيقتصر بها على مواضع نصوصها ، ولا يسوغ تعديتها بواسطة القياس ، لأن ما جاء معدولاً به عن الأصل العام هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها . ومما اشتهر عنهم قولهم ما جاء على خلاف القياس لا يقاس عليه .

واختلفت فى هذه الأحكام عبارات الشافعية . والظاهر منها أنهم يجرون القياس فيها ، فقد نصوا على أنه يجوز بيع العنب فى الكرم بالزيب قياساً على العرايا التى أرخص فيها الرسول ، لأن الكرم كالنخل فى بروز ثمرهما وإمكان الخرص فيهما وتعلق الزكاة بهما . ونصوا على إباحة الجمع بين الصلاتين لعذر الثلج والبرد قياساً على المطر .

والذى يظهر لى أنه الحق هو أن حكم الرخصة إذا أدركت علته بمسلك من

مسالك العلة يصح أن يعدى إلى الفرع الذى تحققت فيه العلة ، وإذا لم تدرك فلا . ولا فرق فى هذا بين كون الحكم رخصة أو عزيمة ، لأن كلا منهما حكم شرعى ، فإدما تم تعطل له علة يعدى إلى ما تتحقق فيه .

٤ - العلة والأسباب والشروط والموانع : إذا ثبت أن وصفاً أو أى أمر من الأمور علة لحكم أو سبب له ، أو شرط فيه ، أو مانع منه ، فهل يصح أن يقاس عليه وصف أو أمر آخر ويحكم بأنه علة أو سبب أو شرط أو مانع . وبعبارة أخرى : هل السببية للمسببات والشرطية للمشروطات والممانعية من الأحكام كما تثبت بالنصوص تثبت بالقياس ؟ .

اختلف فى هذا الأصوليون ، والمشهور بينهم أنه لا يجرى القياس فى العلة والأسباب والشروط والموانع وإلى هذا ذهب الحنفية ، ورحبه الأمدى وابن الحاجب وكثيرون . وذهب أكثر الشافعية إلى أنه يجرى فيها القياس ، واستدلوا بدليلين :

أولهما أن العلية والسببية والشرطية والممانعية هي أحكام شرعية ، لأن الحكم الشرعى ينقسم إلى قسمين : حكم تكليفي ، وحكم وضعى . فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه . والحكم الوضعى هو ما اقتضى وضع شيء علة أو سبباً لحكم أو شرطاً له أو مانعاً منه . وإذا كانت هذه الأمور أحكاماً شرعية فالقياس يجرى فيها ، لأن التفريق فى هذا بين حكم شرعى تكليفي وحكم شرعى وضعى تحكم . والأدلة المثبتة حجية القياس لم تخص حجيتها بالحكم التكليفي دون الوضعى .

وثانيهما : أن القياس فى هذه الأمور قد وقع فعلاً ، ففى العلة والأسباب قيس النباش بالسرقة فى كونه علة لايجاب قطع اليد لا اشتراكهما فى أن كلا منهما أخذ مال الغير خفية من حرزه . وقيس القتل بالمثل على القتل بالحد فى كونه علة لايجاب القصاص لا اشتراكهما فى أن كلا منهما قتل عمد عدوان ، وفى الشروط قيس النية فى الوضوء بالنية فى التيمم فى اشتراطهما لصحة الطهارة لا اشتراكهما

في أن كلا منهما عبادة يميز بالنية عن العادة . وفي الموانع قيس النفاس بالحيض في أنه مانع من جواز الصلاة معه لاشتراكهما في أن كلا منهما فيه أذى وقدر تنزه الصلاة عن أدائها معه .

واستدل القائلون بأنه لا يجري القياس في هذه الأمور بأن القياس فيها يخرجها عن أن تكون هي الأسباب أو الشروط أو الموانع ، وبيان هذا أنه إذا قيس القتل بالمثل بالمثل بالمثل بالمثل بالمثل في إيجاب القصاص لاشتراكهما في أن كلا منهما قتل عمد عدوان . أخذ من هذا أن علة إيجاب القصاص هو القتل العمد العدوان ، وأن القتل بالمثل بالمثل إنما أوجب القصاص ، لأنه من أفراد القتل العمد العدوان ، وكذا القتل بالمثل بالمثل ، وكذلك القول في الشروط والموانع ، فمآل القياس في هذه الأمور إخراجها عن أن تكون هي الأسباب والشروط والموانع ، وإظهار أن السبب هو الأمر المشترك بين المقيس عليه والمقيس وهو العمد العدوان في قياس القتل بالمثل على القتل بالمثل ، وأن الشرط هو ما تتميز به العبادة عن العادة في قياس نية الوضوء على نية التيمم ، وأن المانع هو الأذى والقذر في قياس النفاس بالحيض . وهذا المذهب في رأي دليله أرجح ، وما استدلل به المجوزون للقياس في هذه الأمور غير مثبت . أما دليلهم الأول فردود بما سبق أن بيناه من أنه ليس كل حكم شرعي يثبت بالقياس ومن أنه إنما يصح القياس إذا لم يؤدي إلى إبطال حكم الأصل ، والقياس في هذه الأمور يؤدي إلى إبطال حكم الأصل ، لأنه يخرجها عن أن تكون أسباباً وشروطاً وموانع ، وعموم الأدلة المثبتة حجية القياس مخصصة بعدة أدلة في صور كثيرة ومنها هذه . وأما دليلهم الثاني فإن الحكم ثابت في القتل بالمثل بدلالة النص الذي أثبت الحكم في القتل بالمثل ، لأن تساويهما في إزهاق الروح عمداً يتبادر إلى الفهم بغير قياس . على أن الإمام أبا حنيفة لا يرى أنه سبب لإيجاب القصاص ، ويرى أن القتل بالمثل شبه عمد لا عمد . والنية في الوضوء عند من اشترطها إنما أثبت شرطيتها لأن الوضوء نفسه عبادة والعبادة تميز بالقصد والنية

فلم يثبت الشرطية بالقياس وإنما أثبتتها بالمبدأ الشرعى العام الذى يقضى بإيجاب تمييز العبادة بالقصد سواء أكانت وسيلة كالوضوء أم مقصداً كالصلاة . على أن النية فى الوضوء على مذهب الحنفية سنة لا شرط ، لأنهم يفرقون فى العبادات بين الوسائل والمقاصد . والمنع من الصلاة فى زمن النفاس ليس ثابتاً بالقياس على النص وإنما هو ثابت بالنص الذى اشترط الطهارة لأداء الصلاة ، والنفاس لا تتوافر معه الطهارة .

أركان القياس

كل قياس يتكون من أركان أربعة :

(الأصل) وهو ما ورد بحكمه نص ، ويسمى : المقيس عليه ، والمحمول عليه ، والمشبّه به .

(والفرع) وهو ما لم يرد بحكمه نص ، ويراد تسويته بالأصل فى حكمه ، ويسمى المقيس ، والمحمول ، والمشبّه .

(وحكم الأصل) وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل ويراد أن يكون حكماً للفرع .

(والعلة) وهى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل وبناء على وجوده فى الفرع يسوى بالأصل فى حكمه .

فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه وهو قوله تعالى : « فاجتنبوه » الدال على تحريم شربه لعله هى الإسكار . وشرب نبيذ التمر فرع لأنه لم يرد نص بحكمه . وقد ساوى شرب الخمر فى أن كلا منهما مسكر فسوى به فى أن كلا منهما محرم . والأشياء الستة : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، أصل لأنه ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فيها إذا بيع كل واحد منها بجنسه لعله هى أنها مقدرات يضبط قدرها بالوزن أو الكيل مع اتحاد الجنس . والذرة والأرز والفول فرع لأنه لم يرد نص بحكمها ، وقد ساوت الأشياء الواردة بالنص فى أنها مقدرات يضبط قدرها بالوزن أو الكيل فسويت بها فى حكمها حين المبادلة بجنسها .

فأما الركنان الأولان : من هذه الأركان الأربعة ، وهما : الأصل والفرع ، فهما واقعتان أو محلان أو أمران ، أحدهما دل على حكمه نص والآخر لم يدل على حكمه نص ويراد معرفة حكمه ، ولا تشتط فيهما شروط سوى أن الأصل قد ثبت فيه حكم شرعى والفرع لا حكم فيه ، وأنهما قد تساويا في علة حكم الأصل ، وأنه لا فارق يمنع من تساويهما في الحكم .

وأما الركن الثالث : وهو حكم الأصل فتشتط لتعديته إلى الفرع شروط ، لأنه ليس كل حكم شرعى ثبت في واقعة يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى بل يشتط في الحكم الذى يعدى إلى الفرع بالقياس شروط :

الأول : أن يكون حكماً شرعياً عملياً ثابتاً بالنص سواء أكان منطوق النص أم مفهومه لأن كلا منهما مدلول النص ، فأما الحكم الشرعى الذى ثبت بالإجماع ففي تعديته بواسطة القياس رأيان ، أحدهما أنه لا يصح ، وهذا الذى أرجحه لأن الإجماع كما هو مقرر لا يلتزم فيه أن يذكر مع الحكم المجمع عليه مستنده ، ومن غير ذكر هذا المستند لا سبيل إلى إدراك علته ، فلا يمكن القياس على الحكم المجمع عليه ، وهذا على فرض وجود حكم أجمع عليه بمعنى الإجماع فى اصطلاح الأصوليين . وثانيهما أنه يصح ، وقال الشوكانى هذا أصح القولين . وأما الحكم الشرعى الذى ثبت بالقياس فلا يصح تعديته أصلاً ، لأن الفرع إن كان يساوى ما ثبت فيه الحكم بالقياس فى العلة فهو يساوى واقعة النص فى نفس العلة ويكون الحكم المعدى بالقياس هو حكم النص وإن كان لا يساويه فى العلة لا يصح أن يساويه فى الحكم ، وعلى هذا لا يصح أن يقال حرم شرب نبيذ التفاح قياساً على شرب نبيذ التمر لأنه إن كان يساويه فى الإسكار فهو يساوى شرب الخمر . ويكون تحريمه بالقياس على الخمر لا على نبيذ التمر وإن كان لا يساويه فى الإسكار فلا يساويه فى التحريم .

الثانى : أن يكون حكم الأصل للعقل لسبيل إلى إدراك علته . لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علته لا يمكن أن يعدى بواسطة القياس ، لأن أساس القياس

إدراك علة حكم الأصل . وإدراك تحققها في الفرع . وتفصيل هذا الشرط . أن الأحكام الشرعية العملية جميعها شرعت لمصالح الناس ولعلل بنيت عليها . وما شرع حكم منها عبثاً لغير علة . غير أن بعض الأحكام استأثر الله بعلم علها ، ولم يمهّد السبيل إلى إدراك هذه العلل ، ليلو عباده ويختبرهم هل يمتثلون وينفذون ، ولو لم يدركوا ما بنى عليه الحكم من علة ، وتسمى هذه الأحكام التعبدية أو غير معقولة المعنى . ومثالها تحديد أعداد الركعات في الصلوات الخمس ، وتحديد مقادير الأنصبة في الأموال التي تجب فيها الزكاة ومقادير ما يجب فيها ، ومقادير الحدود والكفارات . وأكثر الأحكام لم يستأثر الله بعلم علها بل أرشد العقول إلى علها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاهتداء بها وهذه تسمى الأحكام المعقولة المعنى ، وهذه هي التي يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس سواء أكانت أحكاماً مبتدأة ليست استثناء من أحكام كلية كتحریم شرب الخمر الذي عدى بالقياس إلى شرب أى نبيذ مسكر . وتحریم الربا في القمح والشعير الذي عدى بالقياس إلى الذرة والأرز . أم كانت أحكاماً مستثناة من أحكام كلية كالترخيص في العرايا استثناء من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً الذي عدى إلى الترخيص ببيع العنب على الكرم بالزبيب ، وبقاء الصوم مع أكل الصائم ناسياً استثناء من فساد الصوم بوصول غذاء إلى معدة الصائم الذي قيس به بقاء الصوم مع أكل الصائم خطأ أو مكرهاً ، وقيس به بقاء الصلاة مع تكلم المصلي ناسياً . فالشرط لصحة تعبدية الحكم أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكماً مبتدأً ليس استثناء من حكم آخر ، أو كونه حكماً استثنائياً من حكم آخر ، وأما إذا كان غير معقولي المعنى فلا يصح تعديته سواء أكان حكماً أصلياً أو استثنائياً .

الثالث : أن يكون حكم الأصل غير مختص به ، وأما إذا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدى بالقياس إلى غيره ، ويكون حكم الأصل مختصاً به في حالتين .

إحداها : إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها في غير الأصل ، كقصر الصلاة للمسافر فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة ، ولكن علة السفر ،

والسفر لا يتصور وجوده في غير المسافر . وكذلك إباحة المسح على الخفين حكم معقول المعنى لأن فيه تيسيراً ورفع حرج ولكن عنته الخفان ولا يتصور وجودها في غير لبسهما .

وثانيتها : إذا دل دليل على تخصيص حكم الأصل به مثل الأحكام التي دل الدليل على أنها مختصة بالرسول ، كتزوجه أكثر من أربع زوجات ، وعدم إباحة الزواج بإحدى زوجاته بعد موته ، ومثل الاكتفاء في القضاء بشهادة خزيمة بن ثابت وحده بقول الرسول : « من شهد له خزيمة فهو حسبه » فإن النصوص التي وردت في القرآن والسنة دالة على أنه لا بد من شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين هي أدلة على تخصيص هذا الحكم بخزيمة .

وأما الركن الرابع : وهو علة القياس فهذا هو أهم الأركان لأن علة القياس هي هي أساسه ، وبحوثها أهم بحوث القياس ، وهي كثيرة تقتصر منها على أربعة : تعريفها وشروطها ، وأقسامها ، ومسالكها .

تعريفها : العلة هي وصف في الأصل بنى عليه حكمه . ويعرف به وجوده في الفرع ، فالإسكار وصف في الخمر بنى عليه تحريمه . ويعرف به وجود التحريم في كل نبيذ مسكر ، والاعتداء وصف في ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه بنى عليه تحريمه ، ويعرف به وجود التحريم في استئجار الإنسان على استئجار أخيه ، وهذا هو مراد الأصوليين بقولهم العلة هي المعرف للحكم ، وتسمى العلة مناط الحكم وسببه . وأمارته .

ومن المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله سبحانه ما شرع حكماً إلا لمصلحة عباده ، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، فالباعث على تشريع أى حكم هو جلب منفعة للناس أو دفع ضرر عنهم ، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه ، وهو حكمة الحكم ، فإباحة الفطر للمريض في رمضان للمريض حكمته دفع المشقة عن المريض . واستحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكمته دفع الضرر عنهما . وإيجاب القصاص من القاتل عمداً عدواناً ،

حكمته حفظ حياة الناس ، وإيجاب قطع يد السارق حكمته حفظ أموال الناس ، وإباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم .

وكان المتبادر أن يبنى كل حكم على حكمته وأن يرتبط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها ، لأنها هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه ، ولكن رأت بالاستقراء أن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة ، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ولا يمكن بناء الحكم عليه ، ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ، مثل إباحة المعاوضات التي حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم لأن الحاجة أمر خفي ، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة حاجة أو عن غير حاجة ، ومثل ثبوت النسب بالزوجية الذي حكمته هو الاتصال الجنسي المفضى إلى أن حمل الزوجة هو من نطفة زوجها ، وهذا أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه ، وقد تكون أمراً تقديرياً مرناً غير منضبط فلا ينضبط بناء الحكم عليه ولا ربطه به وجوداً وعدمًا . مثل هذا : إباحة الفطر في رمضان للمريض حكمتها دفع المشقة ، وهذا أمر تقديرى يختلف باختلاف الناس وأحوالهم ، فلو بنى الحكم عليه لا ينضبط ولا يستقيم التكليف ، وكذلك استحقاق الشفعة للشريك أو الجار لأن حكمته دفع الضرر وهو أمر تقديرى غير منضبط . فمن أجل خفاء حكمة التشريع في بعض الأحكام . عدم انضباطها في بعضها لزم اعتبار أمر آخر ظاهر منضبط يبنى عليه الحكم ويرتبط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ويكون مناسباً لحكمته ، بمعنى أنه مظنة لها ، وأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها ، وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذي بنى الحكم عليه لأنه مظنة لحكمته ولأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحقق هذه الحكمة . هو المراد بالعلة في اصطلاح الأصوليين . فالفرق بين حكمة الحكم وعقلته هو أن حكمة الحكم هي الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه أى هي المنفعة التي قصد الشارع بتشريع الحكم جلبها أو تكميلها أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها . وأما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط

الذى بنى حكم الأصل عليه وربط به وجوداً وعدمًا ، لأن الشأن فى بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم . فقصر الصلاة الرباعية للمسافر حكمته التخفيف ودفع المشقة ، وهذه الحكمة أمر تقديرى غير منضبط لا يمكن بناء الحكم وجوداً وعدمًا عليه فاعتبر السفر منطاً للحكم وهو أمر ظاهر منضبط ، وفى جعله منطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته لأن الشأن فى السفر أن توجد فيه بعض المشقات ، فحكمة قصر الصلاة الرباعية للمسافر دفع المشقة عنه ، وعلته سفره .

واستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار وهذه العلة أمر تقديرى غير منضبط ، فاعتبرت الشركة أو الجوار مناط الحكم وكل منهما أمر ظاهر منضبط ، وفى جعل أحدهما منطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته ، إذ الشأن أن الضرر ينال الشريك أو الجار فحكمة الاستحقاق للشفعة دفع الضرر ، وعلته الشركة أو الجوار .

وإباحة المعاوضات حكمته دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم وهذه الحكمة أمر خفى فاعتبرت صيغة العقد منطاً لحكمه وهى أمر ظاهر منضبط وفى جعلها منطاً مظنة تحقيق الحكمة لأن الصيغة عنوان تراضى المتعاضين بالمعاوضة والشأن فى تراضيهما بها أن يكون عن حاجتهما إليها فحكمة نقل الملكية فى البديلين بالبيع أو الإجارة سد الحاجة ، وعلته صيغة عقد البيع أو الإجارة .

وعلى هذا فجميع الأحكام الشرعية تبنى على عللها وترتبط بها وجوداً وعدمًا لا على حكمها . ومعنى هذا أن الحكم الشرعى يوجد حيث توجد علته ، ولو تخلفت حكمته ، وينتفى حيث تنتفى علته ولو وجدت حكمته لأن الحكمة خلفائها فى بعض الأحكام ، ولعدم انضباطها فى بعضها لا يمكن أن تكون أمانة على وجود الحكم أو عدمه ، ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بها ، فالشارع الحكيم لما اعتبر لكل حكم علة هى أمر ظاهر منضبط يظن تحقق الحكمة فى ربط الحكم به جعل مناط الأحكام عللها ليستقيم التكليف وتتوحد أحكام المعاملات

ويعرف ما يترتب على الأسباب من مسببات ، وتختلف الحكمة في بعض الجزئيات لا أثر له بإزاء استقامة التكاليف واطراد الأحكام ، ولهذا قرر الأصوليون أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدمًا مع عللها لا مع حكمها ، وبعبارة أخرى مناط الحكم الشرعي مظنته لا مثنته ، فمن كان في رمضان على سفر يباح له الفطر لوجود علة إباحته وهي السفر ، وإن كان في سفره لا يجد مشقة . ومن كان شريكاً في العقار المبيع أو جاراً له يستحق أخذه بالشفعة ، لوجود علة استحقاتها وهي الشركة أو الجوار وإن كان المشتري لا يخشى منه أى ضرر ، ومن لم يكن شريكاً في العقار المبيع ولا جاراً له لا يستحق أخذه بالشفعة ، وإن كان لأى سبب من الأسباب يناله من شراء هذا المشتري ضرر . ومن كان في رمضان غير مريض ولا مسافر لا يباح له الفطر وإن كان عاملاً في محجر أو منجم ويجد من الصوم أقصى مشقة .

وما دام الحكم الشرعي مبيناً على علته لا على حكمته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوى الأصل والفرع في العلة لا في الحكمة ، وعلى القاضي أن يقضى بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن الحكمة ، فإذا قضى بالشفعة لغير شريك ولا جار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشتري فهو خاطئ ، وإذا رفض استحقاق شريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشتري فهو خاطئ . ولكن في بعض الأحكام رأتى تخلف الحكم عن علته ، فقد قرر الفقهاء أن بيع المكره باطل فاعلة وهي صيغة العقد وجدت ولم يوجد الحكم وهو .

نقل الملكية . ونصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد فالزوجة وجدت ولم يوجد حكمها وهو ثبوت النسب .

والقاصر إذا بلغ ٢١ سنة ودلت القرائن على أنه غير رشيد لا تنتهى الولاية عليه مع وجود علة انتهائها وهو بلوغه سن الرشد ، والحقيقة أن هذه الأحكام وأمثالها لا منافاة بينها وبين ما تقدم لأننا بينا أن العلل الظاهرة المنضبطة إنما بنيت الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها فأقيمت المظنة مقام المثنة ، لكن إذا قام دلائل

على نفي أن يكون هذا الظاهر المنضبط مظنة لحكمة الحكم ، فقد دل على أنه فقد أساس العلية ولم يبق علة ، فالإكراه على البيع نفي أن تكون الصيغة مظنة التراضي الذي هو دليل الحاجة . فالصيغة من المكره ليست علة ، والزوجية التي ثبت فيها أن الزوجين لم يلتقيا من حين العقد لم تبق مظنة لأن الزوجة حملت من زوجها فليست علة لثبوت النسب ، وبلوغ ٢١ سنة لم يبق مظنة لحسن التصرف المالي مع دلائل عدم الرشد .

وسياتى فى شروط العلة مزيد بيان لهذا ، إذ أن من شروط العلة أن تسلم من الكسر ، ومعنى هذا أن تبقى مناسبة ومظنة لحكمة الحكم ، ويراعى أن بعض الأصوليين يجعل العلة والسبب مترادفين ، وأكثرهم على غير هذا ، ففى رأيهم كل من العلة والسبب علامة على الحكم ، وكل منهما بنى الحكم عليه وربط به وجوداً وعدمًا ، وكل منهما للشارع حكمة فى ربط الحكم به وبنائه عليه ، ولكن إذا كانت المناسبة والحكمة فى هذا الربط مما تدركه عقولنا سميناهما العلة وسميناهما السبب ، وإن كانت مما لا تدركه عقولنا سميناهما السبب فقط ولا نسميها العلة ، فالسفر لقصر الصلاة الرباعية علة وسبب ، وأما غروب الشمس لإيجاب فريضة المغرب وزوالها لإيجاب فريضة الظهر . وشهود رمضان لإيجاب صومه فهو سبب . فكل علة سبب ولا عكس .

شروط العلة : الأصل الذى ورد النص بحكمه قد يكون مشتملا على عدة أوصاف وخواص . وليس كل وصف فى الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه بل لا بد للوصف الذى يعلل به حكم الأصل من أن تتوافر فيه جملة شروط . وهذه الشروط استمدها العلماء من استقرار العلال المنصوص عليها . ومن مراعاة تعريف العلة . ومن الغرض من التعليل وهو تعدية الحكم إلى الفرع . ومن هذه الشروط شروط اتفقت على اشتراطها كلمة الأصوليين . ومنها شروط لم تتفق عليها كلمتهم . ونحن نذكر الشروط المتفق عليها . ثم نتبعها بالشروط المختلف فى اشتراطها مقتصرين على ما يظهر أنه شرط فى العلة لأن بعض المؤلفين خاط شروط العلة بغيرها وعد جملة شروط العلة خمسة وعشرين .

الشروط المتفق عليها أربعة

أولها : أن تكون وصفاً ظاهراً ، ومعنى ظهوره أن يكون محساً يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلة هي المعرف للحكم في الفرع فلا بد أن تكون أمراً ظاهراً يدرك بالحس في الأصل ويتحقق بالحس من وجوده في الفرع كالإسكار الذي يدرك بالحس في الخمر ويتحقق بالحس من وجوده في نبيذ آخر مسكر . والقدر مع اتحاد الجنس الذي يدرك بالحس في الأموال الربوية الستة ويتحقق بالحس من وجودها في مال آخر .

فلا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فلا يعلل ثبوت النسب بمحصول نطفة الزوج في رحم زوجته بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح ، ولا يعلل نقل الملكية في البدلين بتراضى المتبايعين بل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول . ولا يعلل بلوغ الحلم بكمال العقل بل بمظنته الظاهرة وهي بلوغ ١٥ سنة أو ظهور علامة من علامات الرجولة قبلها .

وثانيها : أن تكون وصفاً منضبطاً ومعنى انضباطه أن يكون له حقيقة معينة محددة يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدها أو بتفاوت يسير . لأن أساس القياس تساوى الفرع والأصل في علة حكم الأصل ، وهذا التساوى يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتى يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان فيها كالقتل العمد العدوان من الوارث لمورثه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في قتل الموصى له للموصى ، والاعتداء في ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها في استئجار الإنسان على استئجار أخيه .

فلا يصح التعليل بالأوصاف المرنة غير المضبوطة التي تختلف اختلافاً بيناً باختلاف الظروف والأحوال والأفراد ، فلا تعلل إباحة الفطر في رمضان للمريض أو المسافر بدفع المشقة بل بمظنتها وهو السفر أو المرض .

وثالثها : أن يكون وصفاً مناسباً . ومعنى مناسبتها أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم أي أن ربط الحكم به وجوداً وعدمًا من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع

من تشريع الحكم من جلب نفع أو دفع ضرر، لأن الباعث الحقيقي على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه هو حكمة الحكم، ولو كانت هذه الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هي علل الأحكام لأنها هي الباعثة على تشريعها، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام وعدم انضباطها في بعضها أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها وما ساع اعتبار هذه الأوصاف عللاً للأحكام وإقامتها مقام حكمها إلا لأنها مظنة لهذه الحكمة فإذا لم تكن مظنة لها لم تكن مناسبة ولا ملائمة ولا تصالح علة للحكم، فالإسكار مناسب لتحريم الخمر لأن في بناء التحريم عليه حفظ العقول. والقتل العمد العدوان مناسب لإيجاب القصاص لأن في بناء القصاص عليه حفظ حياة الناس، والسرقه مناسبة لإيجاب قطع يد السارق والسارقة لأن في بناء القطع عليها حفظ أموال الناس.

فلا يصح التعليل بالأوصاف الغير مناسبة لحكمة تشريع الأحكام وتسمى الأوصاف الطردية أو الاتفاقية التي لا علاقة لها بالحكم ولا بحكمته كلون الخمر. أو كون القاتل عمداً عدواناً مضرى الجنس. أو كون السارق أسمر اللون. أو كون المفطر عمداً في رمضان أعرابياً. ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طراً عليها في بعض الجزئيات مذهب بمناسبتها وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمه التشريع. فضيعة البيع من المسكره لا تصالح علة لنقل الملكية، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا تصالح علة لثبوت النسب، وبلوغ من بلغ مجنوناً لا يصلح علة لزوال الولاية النفسية عنه.

ورابعها: أن لا تكون وصفاً قاصراً على الأصل. ومعنى هذا أن تكون وصفاً يمكن أن يتحقق في عدة أفراد ويوجد في غير الأصل. لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع، فلو علل بعلّة لا توجد في غير الأصل لا يمكن أن تكون أساساً لقياس، ولهذا لما عللت الأحكام التي هي من خصائص الرسول بأنها لذات الرسول لم يصح فيها القياس. وعلى هذا فلا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها نبيذ العنب تخمر. ولا تعليل تحريم الربا في الأموال الربوية الستة بأنها ذهب أو فضة.

و بعض الأصوليين خالف في اشتراط هذا الشرط في العلة . وكان ينبغي أن لا يكون في اشتراط هذا الشرط خلاف لأن البحث هو في شروط العلة التي هي ركن القياس وأساسه ، ولا تكون العلة أساس القياس إلا إذا كانت متعددة أى أمراً غير خاص بالأصل يمكن أن يشترك فيها الفرع والأصل .

أما الشروط التي اختلف الأصوليون في اشتراطها في العلة والراجع في رأي اشتراطها فهي أربعة :

أولها : أن تكون مطردة ، ومعنى اطرادها أنها كلما وجدت وجد الحكم ، ليتحقق أنها كلما وجدت في محل ساوي الأصل في علته ساواه في حكمه . فالوصف الذي يتخلف الحكم مع وجوده لا يصح أن يعلل به الحكم . فلا يصح أن يعلل تحریم الربا في الأموال الربوية الستة بالقوت أو الطعم مع اتحاد الجنس لأن القوت مع اتحاد الجنس يوجد في أقوات كثيرة من الخضر والفاكهة وهي ليست أموالاً ربوية ، وبعضهم يعبر عن هذا الشرط بقوله أن تكون العلة سالمة من النقض .

وثانيها : أن تكون منعكسة ، ومعنى انعكاسها أنها كلما انتفت انتفى الحكم لأن الحكم في الفرع يبنى على وجودها فيه فإذا لم توجد لم يساو الأصل فلا يثبت فيه حكمه ، وهذا ظاهر إذا كان للحكم علة واحدة ، أما إذا كان للحكم الشرعى علل متعددة فلا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء الحكم لأنه يوجد بناء على وجود علة أخرى من علله كإباحة الفطر في رمضان علته المرض أو السفر فلا يلزم من انتفاء أحدهما انتفاء إباحة الفطر لأنها قد توجد لو جود الآخر ، وكانت تقاض الوضوء له عدة علل ، ولا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء الانتقاض ، وكاستحقاق الإرث علته واحد من ثلاثة ولا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء استحقاق الإرث .

وثالثها : أن تكون سالمة من الكسر ، ومعنى سلامتها من الكسر أن لا تخرج عن كونها مظنة لحكمة الحكم ، فإن قطع بأنها ليست مظنة لحكمة الحكم في جزئية من الجزئيات فهي منكسرة ولا يصح بناء الحكم عليها في هذه الجزئية . ولهذا بطل بيع المسكره لأن الصيغة مع الإكراه ليست مظنة القراضى فليست علة . ولم يثبت

نسب الزوجة من زوج في سن ليس أهلاً فيها لأن تحمل منه زوجته، ولم تسمع دعوى نسب بزوجة لم يتلاق فيها الزوجان من حين العقد .

ورابعها : أن لا يكون اعتبارها علة مصادماً نصاً شرعياً ، لأن اعتبار الوصف علة هو حكم اجتهادى بعلمته ، وكل حكم اجتهادى خالف نصاً فهو مردود ، ومن هذا فتوى يحيى بن يحيى الليثى المالكي فقيه الأندلس وتلميذ الإمام مالك بن أنس لما أفطر أحد ملوك الأندلس عمداً في رمضان فقد أفتاه بأن كفارة إفطاره عمداً صيام شهرين متتابعين ، وعلل حكمه بأن ما عدا الصيام من أنواع الكفارة سهل يسير عليه لا يردعه وهذا تعليل بأمر مناسب ملائم معقول المعنى ولكن فيه مخالفة لما ورد به النص من أن كفارة المفطر عمداً في رمضان إعتاق رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً . ومن هذا تعليل الحنفية نفاذ تزويج المرأة نفسها بغير إذن وليها بأنها ما لكه نفسها فتصرف وحدها قياساً على تصرفها في كل أموالها لأن هذا مصادم نص الحديث : « أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فزواجها باطل » ويسمى مثل هذا الوصف المناسب الملغى .

وإنما رجحنا اشتراط هذه الشروط الأربعة في العلة لأن الشرطين الأولين وهما إطرادها وانعكاسها هما من لوازم العلية لأن كل علة للحكم هي سببه . والسبب هو ما يلزم من وجوده وجود المسبب ومن عدمه عدمه . ولأن بناء حكم الفرع على العلة يقتضى هذا الإطراد والانعكاس . ولأن الشرط الثالث وهو السلامة من الكسر مآله هو أن تبقى مناسبة الوصف ومطابته للحكمة الحكم متحققة ، فإذا انخرمت هذه المناسبة وصار الوصف قطعاً غير مظنة للمئنة فقد شرطاً من الشروط المتفق عليها في العلة وهو المناسبة ، ولأن الشرط الرابع وجه اشتراطه ظاهر ، لأن الحكم الاجتهادى إذا عارض نصاً فهو حكم غير صحيح .

وأما الشروط التي اختلف الأصوليون في اشتراطها والراجح في رأي عدم اشتراطها ، فمنها ما يأتي :

١ — أن لا تكون العلة أمراً عديمياً سواء أكان ما تعلل به حكماً وجودياً أو عديمياً ، لأن العدم إن كان مطلقاً فهو ليس شيئاً ولا يبنى عليه حكم ، وإن كان عديمًا مضافاً إلى وصف مناسب كان في الحقيقة مانعاً من الحكم لا علة له ، فلا يسوغ أن يعلل إيجاب قتل المرتد بعدم إسلامه . وأما قول الحنفية لا يضمن ولد المغضوب لأنه لم يغصب . فمعناه انتفى الضمان فيه لا انتفاء سببه إذ الأصل أنه لا ضمان ما لم يوجد سبب يوجبه . وإنما رجحنا عدم اشتراط هذا الشرط لأنه لا يحتز به عن شيء وكل جزئية ظاهرها أن فيها تعليلًا بعدم إذا حقق النظر فيها يتبين أنها تقول إلى التعليل بأمر وجودي . أو إلى انتفاء الحكم لا انتفاء سببه ، فإيجاب قتل المرتد علته إصراره على رده واستمراره . وانتفاء الضمان لولد المغضوب علته السير على الأصل ، والأصل أنه لا ضمان ما لم يوجد ما يغير هذا الأصل . ولهذا قال الكمال بن الهمام : كل ما ظاهره تعليل بعدم وصف فالحقيقة أن التعليل فيه بالوصف الوجودي المضاد لذلك العدم كالأستمرار والإصرار على الردة فهو وصف وجودي مضاد لعدم الإسلام .

٢ — أن لا يؤدي التعليل بها إلى إبطال حكم الأصل لأن هذا يناقض المقصود من التعليل وهو تعدية حكم الأصل إلى الفرع . ومثاله ورد في النص « في كل أربعين شاة شاة » فلا يصح أن يعلل إيجاب الشاة في الأربعين بسد حاجة الفقير لأن هذا يؤدي إلى جواز الزكاة بقيمة الشاة ويؤدي إلى أن يكون الواجب في الأربعين أحد أمرين الشاة أو قيمتها مع أن حكم الأصل إيجاب أمر واحد وهو الشاة . وإنما رجحنا عدم اشتراط هذا الشرط لأن البحث في شروط العلة للتعدية لحكم الأصل فلا يتصور التعليل بما يبطل هذا الحكم . والمثال السابق فيه مغالطة لأن الحنفية الذين عللوا إيجاب الشاة في الأربعين بسد حاجة الفقير وجوزوا بناء على هذا التعليل دفع قيمة الشاة إنما جوزوا دفع القيمة على أنها بدل عن الواجب وتجزئ عنه . فهم توصلوا بالتعليل إلى الحكم بأنه يجزئ عن الشاة الواجبة قيمتها . وما تغير بهذا التعليل حكم الأصل وهو إيجاب الشاة في الأربعين .

٣ — أن لا تكون معارضة بوصف آخر في الأصل يقتضى نقيض حكمها ، لأن التعليل بأحد الوصفين المتعارضين ترجيح للمساويين بغير مرجح ، ومثال هذا ما يأتى : اتفق الحنفية والشافعية على أن حلى الصغيرة لا تجب فيها الزكاة ، واختلفوا فى حلى البالغة ، فقال الشافعية لا تجب فيها الزكاة أيضاً قياساً على حلى الصغيرة لاشتراكهما فى أن كلا منهما مال مباح استعماله . وقال الحنفية تجب فيها الزكاة . وقالوا إن تعليل الشافعية عدم إيجاب الزكاة فى الأصل وهو حلى الصغيرة بأنه مال مباح استعماله معارض بوصف فى الأصل وهو الصغر لأن كونه مالا مباحاً استعماله يقتضى إيجاب الزكاة فيه ، وكون مال كصغيراً يقتضى عدم إيجاب الزكاة فيه . وإنما رجحنا عدم اشتراط هذا الشرط لأن مرجعه فى الحقيقة إلى أن الوصفين المتعارضين فى الأصل لا بد من ترجيح أحدهما بدليل ليكون هو العلة . وإلى أنه لا قياس مع الفارق بين الأصل والفرع .

أقسام العلة

تنقسم العلة عدة تقسيمات باعتبارات متعددة وأشهر تقسيماتها ثلاثة : —

الأول : تقسيمها من جهة اعتبار الشارع إياها وعدم اعتباره .

الثانى : تقسيمها من جهة المقاصد التشريعية التى تكون مظنة لها .

الثالث : تقسيمها من جهة افضائها إلى المقصود وعدم افضائها إليه .

التقسيم الأول من ناحية اعتبار الشارع إياها وعدمه : قدمنا فى شروط العلة أنه ليس كل وصف فى الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه ، وأنه لا يصح التعليل بوصف إلا إذا كان ظاهراً منضبطاً مناسباً ، وبيننا أن المراد بمناسبة الوصف للحكم أن يكون مظنة لحكمته أى يكون بناء الحكم عليه وربطه به من شأنه أن يحقق المصلحة التى شرع الحكم من أجلها . ونقرر هنا أنه ليس كل وصف مناسب توافرت فيه الشروط السابقة يصح أن يعلل به الحكم بل يشترط أن يكون الوصف المناسب

مع ظهوره وانضباطه قد اعتبره الشارع علة بنوع من أنواع الاعتبار ، ومن ناحية اعتبار الشارع المناسب وعدم اعتباره إياه قسم الأصوليون الوصف المناسب إلى أقسام أربعة : المناسب المؤثر ، والمناسب الملائم ، والمناسب الملغى ، والمناسب المرسل . وبنوا الحصر في هذه الأقسام على أن الوصف المناسب إذا اعتبره الشارع بعينه علة لحكم بعينه فهو المناسب المؤثر ، وإذا اعتبره الشارع علة بنوع آخر من أنواع اعتبارات ثلاثة سيأتى بيانها ، فهو المناسب الملائم ، وإذا دل الشارع على إلغاء اعتباره بأى دليل فهو المناسب الملغى ، وإذا لم يعتبره الشارع بأى نوع من أنواع الاعتبار . ولم يرتب الحكم على وفقه ولم يدل على إلغاء اعتباره فهو المناسب المرسل . واتفقوا على صحة التعليل بالمناسب المؤثر ، وبالمناسب الملائم ، وعلى عدم صحة التعليل بالمناسب الملغى ، واختلفوا فى صحة التعليل بالمناسب المرسل ، وهذا بيان الأقسام الأربعة وأمثلتها :

١ — المناسب المؤثر : هو الوصف المناسب الذى رتب الشارع الحكم على وفقه ودل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة للحكم الذى رتب على وفقه . مثاله قوله تعالى : « يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » الحكم الثابت بهذا النص هو إيجاب اعتزال النساء فى المحيض ، وقد رتب على أنه أذى . وصوغ النص صريح فى أن علة هذا الحكم الأذى ، فالأذى لإيجاب اعتزال النساء فى المحيض وصف مناسب مؤثر . وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » الحكم الثابت بهذا النص هو منع القاتل مورثه من إرثه وقد رتب على أنه قاتل ، وصوغ النص يرمى إلى أن علة هذا المنع القتل لأن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية مصدر الاشتقاق . قالقتل للمنع من الإرث وصف مناسب مؤثر . وقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » الحكم الثابت بهذا النص أن من لم يبلغ الحلم من اليتامى تثبت الولاية على ماله لوليه ، وقد ثبت بالإجماع أن علة ثبوت الولاية المالية على الصغير صغره ، فالصغر اثبت الولاية المالية وصف مناسب مؤثر . فكل حكم شرعى رتب على وفق وصف مناسب فى محله

ودل نص أو إجماع على أن هذا الوصف هو علة هذا الحكم فهذا الوصف مناسب ومؤثر. وهذا أعلى درجات اعتبار الوصف المناسب للتعليل به ، ولذلك سمي القياس المبني عليه قياساً في معنى الأصل . فقيس النفس بالحيز لأنه أذي . وقيس الموصى له القاتل للموصى والموقوف عليه القاتل للواقف بالوارث القاتل للمورث وقيس الجنون والمعتوه بالصغير .

٢ — الملائم المناسب : هو الوصف المناسب الذي رتب الشارع الحكم على وفقه ولم يدل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة لنفس الحكم الذي رتب على وفقه ، ولكن دل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة لحكم من جنس الحكم الذي رتب على وفقه ، أو اعتبار وصف من جنسه علة لهذا الحكم بعينه ، أو اعتبار وصف من جنسه علة لحكم من جنس هذا الحكم . فمتى كان الوصف المناسب معتبراً بنوع من هذه الأنواع الثلاثة للاعتبار كان التعليل به موافقاً تصرفات الشارع في تشريعه وتعليله ، ولهذا يسمى المناسب الملائم ، وهو متفق على صحة التعليل به وبناء القياس عليه .

مثال الوصف المناسب الذي اعتبر هو بعينه علة لحكم من جنس الحكم الذي رتب على وفقه الصغير لثبوت الولاية للأب في تزويج الصغيرة ، وذلك أنه ثبت بالنص أن للأب ولاية تزويج بنته البكر الصغيرة ، فالحكم وهو ثبوت الولاية رتب على وفق البكارة والصغر ، ولم يدل نص ولا إجماع على أن العلة لهذا الحكم البكارة أو الصغر ، لكن ثبت أن الصغير اعتبر هو بعينه علة لحكم من جنس هذا الحكم لأنه ثبت بالإجماع اعتباره علة للولاية على مال الصغير والولاية على المال والولاية على النفس وهي ولاية التزويج نوعان من جنس واحد وهو الولاية ، فكان الشارع لما اعتبر الصغير علة للولاية على مال الصغيرة اعتبر الصغير علة للولاية عليها بأنواعها ، ومن أنواعها الولاية على تزويجها فعلة ثبوت الولاية للأب على تزويج البكر الصغيرة الصغر ، وبما أن الصغير يتحقق في الثيب الصغيرة فتقاس على البكر الصغيرة وثبت عليها ولاية التزويج وتقاس عليها أيضاً من في حكم الصغيرة وهي المجنونة والمعتوهة .

ومثال الوصف المناسب الذى اعتبر وصف من جنسه علة للحكم الذى رتب على وفقه المطر لإباحة الجمع بين الصلاتين فى وقت واحد . وذلك أنه ثبت بالنص إباحة الجمع بين الصلاتين حال المطر فالحكم وهو إباحة الجمع بين الصلاتين رتب على وفق حال المطر . ولم يدل نص ولا إجماع على أن المطر هو علة هذا الحكم لكن دل نص آخر على إباحة الجمع بين الصلاتين فى وقت واحد حال السفر ، وثبت بالإجماع أن علة إباحة الجمع السفر . والسفر والمطر نوعان من جنس واحد وهو عارض مظنة الحرج والمشقة . فكأن الشارع لما اعتبر السفر علة لإباحة الجمع بين الصلاتين اعتبر كل ما هو من جنسه علة لهذه الإباحة . فعلة إباحة الجمع بين الصلاتين حال المطر والمطر ويقاس عليه حال الثلج والبرد .

ومثال الوصف المناسب الذى اعتبر وصف من جنسه علة لحكم من جنس الحكم الذى رتب على وفقه تكرر أوقات الصلوات فى الليل والنهار لسقوط قضائها عن الحائض . وذلك أنه ثبت بالنص أن الحائض فى أثناء حيضها لا تصوم ولا تصلى وأن عليها إذا ظهرت أن تقضى الصوم دون الصلاة فالحكم وهو سقوط قضاء الصلوات لم يدل نص على علته ولكن رأى أن تكرر أوقات الصلوات ليلاً ونهاراً مظنة الحرج والمشقة فى أدائها . والشارع اعتبر فى تصرفاته أشياء كثيرة من مظان الحرج عللاً لأحكام هى رخص وفيها تخفيف على المكلف كالمرض والسفر لإباحة الفطر فى رمضان ، والسفر لقصر الصلاة الرباعية ، وعدم الماء للتييم . ودفع الحاجة للسلم والعرايا . فكأن الشارع اعتبر كل نوع من أنواع مظان الحرج علة لكل نوع من أنواع الأحكام التى فيها تخفيف . وتكرر أوقات الصلوات من أنواع مظان الحرج . وسقوط قضائها عن الحائض من أنواع الأحكام التى فيها تخفيف .

وهذا النوع من أنواع الاعتبار يفسح المجال للتعليل بالأوصاف المناسبة لأن كل وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه لا يخلو من أن يكون أى وصف من جنسه اعتبره الشارع علة لحكم من جنس حكمه ، وصحة التعليل بالمناسب بناء على اعتبار جنسه فى جنس الحكم تفتح أبواب القياس لأن مقتضى هذا أن الشارع إذا اعتبر

وصفاً هو مظنة الحرج علة لحكم فيه تخفيف صح اعتبار أى وصف آخر من مظاهر الحرج علة لحكم آخر فيه تخفيف .

ولا يتصور أن يوجد وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه ولم يعتبره بنوع من أنواع الاعتبار الثلاثة ؛ بل لا بد أن يكون الشارع اعتبره ولو باعتبار جنسه علة لجنس حكمه . وعلى هذا فكل وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه إما مؤثر ، وإما ملأثم . وأما ماسماه بعض الأصوليين بالمناسب الغريب فلا يتصور وجوده لأنهم عرفوه بالوصف المناسب الذى رتب الشارع الحكم على وفقه ولم يثبت اعتباره بأى نوع من أنواع اعتبار الملأثم . وقد بينا أنه مع السعة فى اعتبار جنس الوصف فى جنس الحكم لا يوجد مناسب غريب ، ولهذا لم يذكر صاحب (جمع الجوامع) المناسب الغريب ، واقتصر على تقسيم المناسب إلى مؤثر . وملأثم . وماغى . ومرسل . وهذا الذى اخترناه .

٣ — المناسب الملقى : وهو الأمر الذى يبدو فى الظاهر أنه مناسب أى مظنة لمصلحة ، ولكن قام دليل شرعى على إلغاء اعتباره . كالتسوية بين الابن والبنت فى الإرث ، أو بين الزوج والزوجة فى حق الطلاق أو تعيين عقوبة معينة من عقوبات الكفارة على الإفطار عمداً فى رمضان .

٤ — المناسب المرسل : وهو الوصف الذى لم يرتب الشارع حكماً على وفقه ولم يدل دليل على اعتباره بنوع من أنواع الاعتبار ، ولم يدل دليل على إلغائه . وهذا هو الذى يسمى المصلحة المرسل . وهو الذى اختلف الأصوليون فى بناء الحكم عليه وعدم بنائه ، فمنهم من قل : لا يبنى على المصلحة حكم ولا تعتبر دليلاً شرعياً إلا إذا قام دليل من الشارع على اعتبارها . ومنهم من قل يحتج بها شرعاً وتبنى عليها الأحكام ما دامت لا دليل على إلغائها ، لأن الوقائع لا تتناهى والمصالح تتجدد ولو لم تعتبر المصالح المرسل المتجددة لوقف التشريع وخلت وقائع كثيرة من أحكام . وينبغى أن يراعى أن التعليل بالمصلحة المرسل إنما هو للاستدلال بها على حكم : لا لإجراء قياس بقاء

عليها ، لأنه لا قياس إلا حيث ورد حكم بنص والقرض هنا أنه لا حكم للشرع ،
فلا أصل يقاس عليه .

فكل وصف مناسب أى مظنة لمصلحة لم يقم دليل من الشارع على اعتباره
علة لحكم . ولا دليل على إلغاء اعتباره يصح بناء حكم عليه بشرط أن تكون المصلحة
التي هو مظنة لها والتي يشرع الحكم من أجلها مصلحة عامة حقيقية لا يؤدي التشريع
بناء عليها إلا معارضة نص أو إجماع .

وقد بينا في غير موضع أن بناء التشريع على المصالح المرسلة من أظهر نواحي
مرونة المصادر التشريعية الإسلامية ، لأن كل مصلحة تجد وتقتضيها الحاجة
وتخلقها البيئة تجد في التشريع الإسلامي متسعاً لتحقيقها ما دامت مصلحة حقيقية
لاوهية ولا هوائية ومصلحة عامة لافردية ولا شخصية . ومن قال لا يبنى التشريع
إلا على مصلحة قام دليل من الشارع على اعتبارها بذاتها فقد أخطأ وسد باب التشريع
ووقف به عن مسامرة البيئات والحاجات . وقد قال القرافي : « إن الصحابة
عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » . ونقل ابن القيم في كتابه
(الطرق الحكيمة) عن ابن عقيل قوله : « السياسة كل فعل يكون معه الناس
أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى . ومن
قال لا سياسة إلا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلط الصحابة ، فقد جرى من
الخلفاء الراشدين ما لا يحجده عالم بالسنن ، وكفى تحريق على الزنادقة ، وتحريق عثمان
المصاحف ، ونفى عمر بن الخطاب عن الحجاج » . ومن رجع إلى عهد الصحابة والتابعين والأئمة
المجتهدين واستقرأ ما شرعوه لما واجههم من المصالح المتجددة تبين أن هؤلاء المهتدين
شرعوا في عهودهم كل ما يحقق المصلحة ، أى كل ما يجلب نفعاً للناس أو يدفع ضرراً
عنهم وما وقفوا عند مصلحة للبحث في أنها قام دليل على اعتبارها من الشارع ،
ذلك لاعتقادهم أن كل مصلحة ما دامت قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية ،
فهى من مقاصد الشارع فى الجملة ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، فأبو بكر
جمع ما كان مدوناً فيه القرآن مفزقاً . وحارب مانعى الزكاة . واستخلف على المسلمين

عمر . وعمر أوقع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة . ومنع سبهم المؤلفة قلوبهم . ولم ينقذ حدّ السرقة عام الجماعة . ووضع الخراج . ودوّن الدواوين . واتخذ السجون . وعهد بأمر الخلافة إلى شورى ستة . وعثمان جدد أذاناً ثانياً يوم الجمعة . وجمع الناس على مصحف واحد وأحرق ما عداه . وورّث زوجة المطلق فراراً من إرثها . وعلى حرق الرافضة . ومالك أباح تعزيز المتهم بالسرقة وحبسه ليقر . وأبو حنيفة حجر على المفتي الماجن والمكاريء الفليس . والشافعي أوجب قتل الجماعة بالواحد . ولا تكاد تحصى الأحكام التي استنبطها الصحابة والأئمة المجتهدون تحقيقاً لمصالح مرسله . وأكثر الأئمة بناءً للتشريع على المصالح المرسله أبو حنيفة وأصحابه . ومن نظر إلى تأويلهم بعض النصوص تبين أن دليلهم على التأويل في أكثر الحالات المصلحة المرسله . ومن نظر إلى ما استنبطوه بالاستحسان تبين أن وجه الاستحسان في أكثر الحالات المصلحة المرسله . ومقتضى مذهبهم في التوسع في اعتبار العلة أن المصالح التي تبدو أنها مرسله هي في الحقيقة معتبرة لامرسله ، لأن كل مصلحة إما ضرورية للناس ، أو حاجية ، أو تحسينية . وكل مصلحة ضرورية هي معتبرة من الشارع لاندراجها هي وما اعتبره الشارع من المصالح الضرورية في جنس واحد ، وكذا كل مصلحة حاجية وأية مصلحة تحسينية .

ويؤخذ مما بسطه الغزالي في كتابه (المستصفى) في بحث المصالح المرسله أن المصلحة إذا كانت ضرورية ، قطعية ، كلية ، تعتبر ويبنى عليها الحكم ولو عارض حكم النص أو الإجماع . ومثل هذا بما إذا كان في يد الدولة الحاربة المسلمين أسرى مسلمون وتترس جيشهم بجماعة منهم فلو لم تقتل هؤلاء الأسرى هزم المسلمون وغلبوا على أمرهم وأبيدوا . ولو قتلوا حفظ المسلمون وانتصروا على أعدائهم ، وقال إن قتل هؤلاء الأسرى المسلمين هو قتل مسلم معصوم يخالف قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها » ولكنه ارتكاب أهون الشرين لانتقاء أشدهما والضرورات تبيح المحظورات .

خلاصة هذا التقسيم

- الأمر المناسب للحكم وهو ما يكون مظنة لحكمته ، ينقسم أربعة أقسام :
- ١ — مناسب اعتبره الشارع بآتم وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب المؤثر .
 - ٢ -- مناسب اعتبره الشارع ، ولكن بوجه من وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب الملائم .
 - ٣ — ومناسب ألغى الشارع اعتباره ، ويسمى المناسب الملغى .
 - ٤ — ومناسب سكت الشارع عنه ، فلم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار ، ولم يدل على إلغاء اعتباره ، ولم يشرع حكماً بناء عليه ، ويسمى المناسب المرسل ، أى المطلق عن اعتبار أو إلغاء أو بناء حكم عليه .
- ١ — فالمناسب المؤثر : هو المناسب الذي دل الشارع على أنه علة للحكم الذي شرعه ؛ سواء كانت دلالاته على أنه علة صراحة أو إشارة ، فما دام الشارع دل على أن هذا المناسب هو العلة ، فكأنه دل على أن الحكم نشأ عنه وأنه أثر من آثاره ولهذا سماه الأصوليون المناسب المؤثر .
- مثال هذا ؛ قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ، وذروا البيع » .
- دلت صيغة الآية على أن الأمر بترك البيع مرتب على النداء للصلاة من يوم الجمعة ومبنى عليه .
- أي دلت على أن الشارع اعتبر هذا النداء علة لترك البيع ، لأن في ربط هذا الترك بالنداء محافظة على الصلاة ، ولهذا قسنا على البيع كل معاملة تشغل عن الصلاة كالرهن والمداينة ، فقلنا إنها مأمور بتركها كالبيع سواء بسواء .
- فالنداء للصلاة من يوم الجمعة بالنسبة للحكم ، وهو تحريم البيع في هذا الوقت أمر مناسب مؤثر ، لأن صيغة الشارع دلت على أنه هو علة هذا الحكم .

٢ — والمناسب الملائم : هو أمر مناسب لم يعتبره الشارع بعينه علة للحكم ولكن اعتبره في نص آخر علة لحكم آخر ، وهذا الحكم والحكم الآخر من جنس واحد . فإذا عللت به الحكم بناء على أن الشارع علل به حكماً من جنس هذا الحكم يكون تعليلك ملائماً وموافقاً لتصرف الشارع في التعليل ، ولهذا سمي المناسب الملائم . مثال هذا : جاء في الحديث (لا يزوج البكر الصغيرة إلا وليها) دل الحديث على ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة لوليها ، ولكن لم يدل لا صراحة ولا إشارة ، على أن علة ثبوت هذه الولاية عليها أنها بكر أو أنها صغيرة ، مع أن كلا منهما أمر مناسب ، لوربط الحكم به كان مظنة لتحقيق حكمته .

فعلماء الحنفية رجحوا أن تكون علة ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة صغرها . وقالوا في وجه الترجيح إن الشارع اعتبر الصغر علة للولاية على مال الصغير ، كما يؤخذ من قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » . وما دام الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على المال ، والولاية على المال والولاية على التزويج من جنس واحد فيكون الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على التزويج بوجه من وجوه الاعتبار .

ولهذا نقيس على الصغيرة من في حكمها من جهة نقص العقل وهي المجنونة أو المعتوهة .

٣ — والمناسب الملقى : هو الأمر الذي يبدو في الظاهر أنه مظنة لمصلحة أى أن بناء الحكم عليه ، من شأنه أن يحقق مصلحة ، ولكن دل دليل شرعى على إلغاء اعتبار هذا المناسب ومنع بناء الحكم الشرعى عليه . فالملقى الذى أفقى الملك بأنه لا يكفر ذنب إفطاره عمداً في رمضان إلا صيامه شهرين متتابعين بناء ، على أن هذا الملك لا يردعه عن ذنبه إلا هذا ، بنى حكمه على أمر مناسب بحسب الظاهر ولكنه ملقى اعتباره بأمر الشارع ، لأن الشارع أوجب الكفارة على من أفطر عمداً في رمضان بهذا الترتيب :

١ — إعتاق رقبة .

٢ — فمن لم يجد فصيام شهرين .

٣ — فمن لم يستطع فإطعام ٦٠ مسكيناً .

بغير تفريق من الشارع بين غنى وفقير ، وملك وغير ملك .

ومثل هذا تساوى الإبن والبنت فى القرابة وفى درجتها بالنسبة لتساويهما فى الإرث فهو أمر مناسب بحسب الظاهر ولكن الشارع ألغى اعتباره بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » .

٤ — والمناسب المرسل : هو الأمر الذى يظهر للمجتهد أن بناء الحكم عليه يحقق مصلحة ولم يقم من الشارع دليل على اعتباره ، ولا دليل على إلغائه ، فهو مرسل أى مطلق عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء وهو الذى يسميه علماء الأصول المصلحة المرسلة . وأظهر أمثلته ، المصالح التى تقتضيها ما يجد من الأحوال فى مختلف البيئات (ومثاله فى تشريعنا : لا تسمع دعوى الزواج بناء على الشهادة ولا تسمع إلا بوثيقة رسمية — لا يصح الوقف إلا بإشهاد — لا يعقد عقد زواج إلا إذا كانت سن الزوجة ١٦ فأكثر ، وسن الزوج ١٨ فأكثر) .

كل هذه التشريعات بنى الحكم فيها على مصلحة مرسلة وليس فى أدلة الشرع ونصوصه ومبادئه ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

التقسيم الثانى للعلة باعتبار المصلحة التى هى مظنة لها :

قدمنا أن كل حكم شرعى إنما شرع لحكمة . وأن حكمة الحكم هى المصلحة التى قصدها الشارع بتشريع ، وأن العلة لا بد أن تكون مظنة لما قصد بالحكم من المصالح .

وقد دل استقراء الأحكام الشرعية وحكمها وعللها فى مختلف موضوعاتها على أن المصالح التى قصدها الشارع ترجع إلى أنواع ثلاثة : تحقيق ما هو ضرورى للناس ، وتحقيق ما هو حاجى لهم ، وتحقيق ما هو تحسينى لهم . وتحقيق ضروريات الناس .

وحاجياتهم ، وتحسيناتهم ؛ تتحقق مصالحهم على أكمل وجه . وكل وصف اعتبره الشارع علة لحكم بأي نوع من أنواع الاعتبار ، هو مظنة لمصلحة من هذه المصالح . والمراد بالأمور الضرورية للناس الأمور التي لا تقوم حياتهم إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها اختل نظام حياتهم وعمتها الفوضى . وجملة الضروريات خمسة : الدين والنفس والعرض والمال والعقل . وقد شرع لإيجاد الدين وتثبيته والحفاظة عليه إيجاب الدعوة إليه . والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وأصول العبادات ، وعقاب من يرتد عنه ، والحجر على المفتي الماجن الذي يعبت بأحكامه . وعقاب كل من ينتهك حرمة الدين بأي قول أو عمل .

وقد شرع لإيجاد النسل وحفظ النفس : أحكام الزواج ، وتحريم الإجهاض ، والتعقيم إلا لضرورة ، وإيجاب القصاص من القاتل عمداً ، والدية والكفارة على القاتل خطأ ، وعقاب كل معتد على نفس أو ما دونها . وقد شرع لحفظ العقل تحريم الخمر وكل مسكر وكل مفتر ومخدر من السائلات أو النباتات أو غيرها .

ومما شرع لإيجاد المال وحفظه إيجاب السعى والعمل ، وإيجاب حد السارق وتعزير الغاصب والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل وتضمنين من أتلف مال غيره قيمته أو مثله . ومما شرع لحفظ العرض حد الزانية والزاني ، وحد قاذف المحصنات والوعيد على إشاعة الفاحشة بين الناس .

والمراد بالأمور الحاجية للناس الأمور التي لا تسهل حياتهم ، ولا يهون احتمال أعبائها وتكاليفها إلا بها ، وإذا اختلت كلها أو بعضها شقت حياتهم ونالهم الحرج ، ولكن لا تختل ولا تنهار حياتهم كاختلالها وانهارها بفقد الضروريات ومرجع الحاجيات إلى تيسير أنواع المعاملات والمبادلات والترخيص بأحكام تخفيفية في حال المشقات وإباحة ما لا غنى للإنسان عنه .

ومما شرع لتحقيق الحاجيات أحكام الرخص تخفيفاً على المكلف حين السفر والمرض والخطأ والنسيان والإكراه وسائر أسباب المشقات ، وإباحة السلم والعرايا والمساقاة

والمزارعة وسائر العقود التي أبيحت سداً لحاجة الناس ورفع الحرج عنهم . وتضمنين الأجير المشترك . وفرض الدية على العاقلة ، وإباحة الصيد ، وميتة البحر . وجعل الأرض مسجداً والتراب طهوراً . وقد أرشد الله سبحانه إلى ما قصد إذ قال عز شأنه : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وقال : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » .

والمراد بالأمور التحسينية للناس الأمور التي يتوافر بها جمال حياتهم وكاملها وطيبها وبها يدنو اجتماعهم من المثل الأعلى للحياة الطيبة ومرجعها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وما به الجمال والكمال . ومما شرع لتحقيق التحسينيات أحكام الطهارات وستر العورات وآداب المعاملات والندب إلى أخذ الزينة عند كل مسجد والنهي عن الإسراف والتقتير والنهي عن المثلة وعن قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد . وإلى هذا أرشد الله سبحانه بقوله : « ولكن يريد ليظهركم وليتم نعمته عليكم » .

والإمام الشاطبي في كتابه الموافقات فصل هذا التقسيم أتم تفصيل وأورد أمثلة عديدة من أحكام الشريعة الدالة على أن الشارع ما قصد بتشريعه إلا تحقيق ضروري للناس أو حاجي أو تحسيني وراعى في إيراد الأمثلة إيرادها من كل نوع من أنواع الأحكام من عبادات ومعاملات وعقوبات وغيرها .

ويترتب على هذا التقسيم نتيجتان .

أولاً : مراعاة ترتيب المصالح التي قصدها الشارع وتقديم أهمها وهو الضروري على الذي يليه وهو الحاجي وتقديم كل منهما على التحسيني . وعلى هذا يهمل الحاجي إذا كان في مراعاته إخلال بضروري ويهمل التحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أو حاجي . والضروريات نفسها ليست في رتبة واحدة فلا يراعى ضروري إذا كان في مراعاته إخلال بضروري أهم منه . وكذا الحاجيات والتحسينيات ، ولهذا فرض الجهاد محافظة على الدين ولم يراع حفظ النفس ، وأبيح لمن اضطر في مخصصة شرب المسكر محافظة على النفس ولم يراع حفظ العقل . وأبيح إتلاف مال الغير حين

الإكراه عليه بإتلاف نفس أو عضو محافظة على النفس ولم يراع حفظ المال . وفرضت على المكلف عبادات وعدة تكليفات فيها نوع مشقة عليه محافظة على الدين ولم يراع حاجته إلى دفع كل أنواع المشقات عنه ، وأبيح ترك الوضوء أو الغسل بالماء إذا خيف منه المرض أو زيادته محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بالطهارة . وأبيح كشف العورة أثناء عملية جراحية أو شبهها محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بستر العورة .

ثانيا : مراعاة أن أية مصلحة قام البرهان على أنها ضرورية للناس أو حاجة أو تحسينية فهي من مقاصد الشارع ، لأن استقراء أحكام الشارع دل على أن كل ما شرعه الشارع في مختلف فروع التشريع دائر حول حفظ هذه المصالح بأنواعها فكل تقنين أو تنظيم يرمى إلى تحقيق مصلحة من هذه المصالح فهو شرعى من ناحية أنه متفق ومقاصد الشارع من تشريعه حتى قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية .

التقسيم الثالث للعلة باعتبار إفضائها إلى المقصود التي هي مظنة له :

بينما في شروط العلة أنها يشترط فيها أن تكون مناسبة للحكمة المقصودة من تشريع الحكم بمعنى أن ربط الحكم بها وجوداً وعدمًا من شأنه أن يحقق الحكمة ، وهذا ما عبر عنه الأصوليون بقولهم أن تكون العلة مظنة المنة ولكن ليست كل علة تحقق الحكمة وتفضي إلى المقصود منها قطعاً في كل جزئية بل قد تفضي إليه قطعاً أو ظناً أو شكاً أو وهماً . وقد لا تفضي إليه قطعاً ، ففي أى هذه الحالات تبقى مناسبتها قائمة ؟ وفي أيها تنخرم مناسبتها ؟

أما حيث تكون العلة محققة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف في علميتها لقيام مناسبتها قطعاً ، فالبيع الصحيح النافذ الذي هو مظنة لتراضى المتبايعين ولسد حاجتهما يفضي قطعاً إلى المقصود منه وينقل الملكية في البدلين ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته . وكذلك حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود منها ظناً لأن الظن الراجح كالقطع في بناء الأحكام عليهما ، فالقتل

العمد العدوان لايجاب القصاص يفضى إلى المقصود وهو ردع الناس عن القتل ظناً لا قطعاً ، لأن من المجرمين من لا يردعهم القصاص وكل عقوبة على جريمة هي مفضية إلى المقصود منها ظناً لا قطعاً .

وأما حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود شكاً أو وهماً ، أى أن جانب إفضاؤها إليده مساو عدمه أو مرجوح فقد اختلف الأصوليون في أنها تنخرم مناسبتها في هذه الحال أولاً والختار أنها لا تنخرم لأن المظنة ما دامت تحتمل أن تفضى إلى المنة فمناسبتها قائمة بوجه من الوجوه . ومثال هذا زواج الأيسة فإن من بلغت سن الإياس لا تلد غالباً فزواجها غالباً لا يفضى إلى المقصود من الزواج وهو التوالد والتناسل . والختار أن هذا الزواج تترتب آثاره عليه لاحتمال أن يفضى إلى التوالد على خلاف الغالب . وكذا سفر المترف المهيأة له كل وسائل الراحة الذى لا يجدد مشقة في سفره غالباً فإباحة الفطر له في رمضان لا يفضى إلى المقصود غالباً وهو دفع المشقة ، والختار إباحة الفطر له لاحتمال أن يجد في السفر أية مشقة لا تعرض في الإقامة .

وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف في أنها تنخرم مناسبتها ولا تكون علة للحكم ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرقى بمغربية ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك في البدلين ببيع المكره لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقي الزوجين انتفى أن يكون زواجهما مظنة للاتصال الجنسي ، وما دام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضى ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمنة لم يصلح أن يكون علة . والخفية القائلون بثبوت النسب في زواج المشرقى بالمغربية قالوا إنه لم ينتف قطعاً كون هذا الزواج مظنة لاحتمال أن يكون أحد الزوجين من أهل الخطوة . وهذا مبنى على الاعتقاد فى كرامات الأولياء ، وما كان ينبغى أن يبنى على هذا تشريع على قضائى .

وفى بعض الحالات تفضى العلة إلى المصلحة المقصودة منها ، ولسكنها فى الوقت

نفسه تنفضى إلى مفسدة ، فهل تنخرم مناسبة العلة بإفضائها إلى مصلحة ومفسدة معاً ؟
وأمثلة هذا كثيرة : فتحديد سن الزواج يفضى إلى مصلحة وإلى مفسدة ، وكذا
تقييد تعدد الزوجات وتقييد حق الطلاق ، وكثير من مشروعات القوانين التى لها
منافعها وأضرارها .

أما حيث تكون المصلحة راجحة فلا خلاف فى أنه لا تنخرم المناسبة بمفسدة
مرجوحة ، لأنه لو انخرمت المناسبة بأنه مفسدة ولو مرجوحة لم يبق أى وصف مناسباً .
وأما حيث تكون المفسدة راجحة فلا خلاف فى أنه تنخرم المناسبة .
وأما حيث يتساويان فالراجح أنها تنخرم ، لأن درء المفسد مقدم على جلب
المصالح . ومن هذا قرروا أنه إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع ، وإذا تعارض
المحرم والمبيح عمل بالمحرم .

مسالك العلة

المراد بمسالك العلة الطرق التى يتوصل بها إلى إثبات أن الوصف علة . وأشهر
هذه المسالك هى :

أولاً : (النص) : فإذا دل نص فى القرآن أو السنة على أن الوصف علة
ثبتت عليه الوصف بالنص وسمى العلة المنصوص عليها . ودلالة النص على أن الوصف
علة قد تكون صراحة ، وقد تكون إيماء أى إشارة وتنبئها لا بصريح العبارة ،
فالدلالة على العلية صراحة هى دلالة لفظ فى النص على العلية بوضعه اللغوى مثل
ما إذا ورد فى النص لفظ لعلة كذا ، أو لسبب كذا ، أو لأجل كذا . وإذا كان
اللفظ الدال على العلية فى النص لا يحتمل غير الدلالة على العلية فدلالة النص على علية
الوصف صريحة قطعية كقوله تعالى فى تعليل بعثة الرسل : « رسلاً مبشرين ومنذرين
لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » وقوله فى إيجاب أخذ خمس الفىء
للفقراء والمساكين : « كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » وكقول الرسول

صلى الله عليه وسلم « إنما نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى لأجل الدافعة ، فكلوا وادخروا » .

وإذا كان اللفظ الدال على العلية في النص يحتمل الدلالة على غير العلية فدلالة النص على علية الوصف صريحة ظنية ، مثل قوله تعالى : « أقم الصلاة لدلوك الشمس » وقوله : « فيظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم » وقوله « يسألونك عن المحيض قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء في المحيض » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم في طهارة سؤر الهرة « أنها من الطوافين عليكم والطوافات » وإنما كانت دلالة النص في هذه المثل على العلية ظنية ، لأن الألفاظ الدالة عليها فيها ، وهى اللام والباء والفاء ، وإن ؛ كما تستعمل في التعليل تستعمل في غيرد وإن كان التعليل هو الظاهر من معانيها في هذه النصوص ، ودلالة النص على العلية إيماء أى إشارة وتنبيهها هي الدلالة المستفادة من ترتيب حكم على الوصف واقتترانه به بحيث يتبادر من هذا الاقتران فهم علية الوصف للحكم وإلا لم يكن للاقتران وجه ، وذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقضى القاضى وهو غضبان » وقوله : « لا يرث القاتل » وقوله : « للراجل سهم ولل فارس سهمان » وقوله للأعرابي لما قال له واقعت أهلى في رمضان عمداً : « كَفَرٌ » .

وبعض الأصوليين يعد الإيماء مسلوكاً مستقلاً عن النص . وبعضهم يعتبر دلالة بعض أنواع الصريح الظنى من الإيماء ، والأمر في هذا هين لأن العلية في كل هذه الأحوال مستفادة من النص ، وكونها صراحة أو إيماء ، قطعية أو ظنية مدارها على وضع اللغة وسياق النص .

ثانياً : (الإجماع) : فإذا اتفق المجتهدون في عصر من العصور على علية وصف لحكم شرعى ثبتت علية هذا الوصف للحكم بالإجماع . ومثال هذا إجماعهم على أن علة الولاية المالية على الصغيرة الصغر . وفي عد هذا مسلوكاً نظراً ، لأن نفاة القياس لا يقيسون ولا يعللون ، فكيف ينعتقد بدونهم إجماع .

ثالثاً : (السبر والتقسيم) : السبر معناه الاختبار ، ومنه المسبار . والتقسيم هو حصر الأوصاف الصالحة لأن تكون علة حكم الأصل وترديد العلة بينها بأن العلة إما هذا الوصف أو هذا الوصف ، فإذا ورد نص بحكم شرعى فى واقعة ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم سلك المجتهد للتوصل إلى معرفة علة هذا الحكم مسلك السبر والتقسيم بأن يحصر الأوصاف التى توجد فى واقعة الحكم وتصلح لأن تكون العلة واحداً منها ، ويختبرها وصفاً وصفاً على ضوء الشروط الواجب توافرها فى العلة ، وأنواع الاعتبار الذى تعتبر به ، وبواسطة هذا الاختبار يستبعد الأوصاف التى لا يصح أن تكون علة ويستبقى ما يصح أن يكون علة ، وبهذا الاستبعاد وهذا الاستبقاء يتوصل إلى الحكم بأن هذا الوصف هو العلة . مثلاً ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فى مبادلة الشعير بالشعير ، ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم ، فالمجتهد يسلك لمعرفة علة هذا الحكم مسلك السبر والتقسيم بأن يقول علة هذا الحكم إما كون الشعير مما يضبط قدره بالكيل ، وإما كونه طعاماً ، وإما كونه مما يقتات به ويدخر ، لكن كونه طعاماً لا يصلح علة ، لأن هذا الحكم ثابت فى الذهب والفضة وليس واحد منهما طعاماً ، وكونه قوتاً لا يصلح أيضاً لأن هذا الحكم ثابت فى المالح وليس قوتاً ، فيتعين أن تكون العلة كونه مقدراً . وبناء على هذا يقاس على ما ورد فى النص كل المقدرات بالكيل أو الوزن ، وفى مبادلتها بجنسها يحرم ربا الفضل والنسيئة ، وكذا ورد النص بتزويج الأب بنته البكر الصغيرة ولم يدل نص ولا إجماع على علة ثبوت هذه الولاية ، فالمجتهد يردد العلية بين كونها بكرةً وكونها صغيرة ويستبعد البكارة لأن الشارع ما اعتبرها للتعليل بنوع من أنواع الاعتبار ويستبقى الصغر لأن الشارع اعتبره علة الولاية على المال ، وهى الولاية على التزويج من جنس واحد ، فيحكم بأن العلة الصغر ويقس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة بجامع الصغر . وكذا ورد النص بتحريم شرب الخمر ولم يدل نص على علة الحكم ، فالمجتهد يردد العلية بين كونه من العنب أو كونه

سائلاً أو كونه مسكراً ويستبعد الوصف الأول لأنه صر ، والثاني لأنه طردى
غير مناسب ويستبقى الثالث فيحكم بأنه علة .

وخلاصة هذا المسلك أن المجتهد عليه أن يبحث في الأوصاف الموجودة في الأصل
ويستبعد ما لا يصلح أن يكون علة منها ويستبقى ما هو العلة حسب رجحان ظنه
وهاديه في الاستبعاد والاستبقاء تحقيق شروط العلة بحيث لا يستبقى إلا وصفاً ظاهراً
منضبطاً متعدياً مناسباً معتبراً بنوع من أنواع الاعتبار . وفي هذا تتفاوت عقول
المجتهدين لأن منهم من يرى المناسب هذا الوصف ، ومنهم من يرى المناسب وصفاً
آخر . فالحنفية رأوا المناسب في تعليل التحريم في الأموال الربوية القدر مع اتحاد الجنس .
والشافعية رأوه الطعم مع اتحاد الجنس . والمالكية رأوه القوت والادخار مع اتحاد
الجنس . والحنفية رأوا المناسب في تعليل ثبوت الولاية على البكر الصغيرة الصغر ،
والشافعية رأوه البكارة .

وبعض علماء الأصول عد من مسالك العلة تنقيح المناط . والمراد بتنقيح المناط
تهذيب ما ينط به الحكم وبنى عليه وهو علته . والحق أن تنقيح المناط إنما يكون
حيث دل النص على العلية من غير تعيين وصف بعينه علة فهو ليس مسلكاً للتوصل به
إلى تعليل الحكم لأن تعليل الحكم مستفاد من النص وإنما هو مسلك لتهذيب
وتخليص علة الحكم مما اقترن بها من الأوصاف التي لا مدخل لها في العلية . ومثال
هذا ما ورد في السنة من أن أعرابياً جاء إلى رسول الله وقال له : هلككت . فقال له
الرسول : ما صنعت ؟ فقال واقعت أهلي في نهار رمضان عمداً . فقال له الرسول :
كفر . . . الحديث . فهذا النص دل بالإيماء على أن علة إيجاب التكفير على الأعرابي
ما وقع منه . ولكن هذا الذي وقع منه فيه ما لا مدخل له في العلية لإيجاب التكفير
مثل كونه أعرابياً ، وكونه واقع زوجته ، وكونه واقع في نهار رمضان من تلك السنة
بعينها . فالمجتهد يستبعد هذه الأوصاف لأنها لا مدخل لها في العلية ، ويستخلص أن
العلة هي الوقاع عمداً في نهار رمضان . وعلى هذا تجب الكفارة على من أفطر عمداً

في نهار رمضان بالجماع خاصة ، وهذا مذهب الشافعي . وأما الحنفية فقالوا إن مثل الجماع كل مفطر وهذه الماثلة تفهم بالتبادر فتجب الكفارة على كل من أفطر عمداً في نهار رمضان بجماع أو بأكل أو بشرب أو غيرها ، فيكون المناط لايجاب الكفارة عندهم بعد تهذيبه هو المفسد للصوم عمداً ، وهذا الاستبعاد وتهذيب العلة مما اقترن بها وما لا مدخل له في العلية هو تنقيح المناط . ومن هذا يتبين أن تنقيح المناط غير السبر والتقسيم . لأن تنقيح المناط يكون حيث دل نص على مناط الحكم ولكنه غير مذهب ولا خالص من اقتران ما لا مدخل له في العلية به . وأما السبر والتقسيم فيكونان حيث لا نص أصلاً على مناط الحكم ويراد التوصل بهما إلى معرفة العلة لا إلى تهذيبها من غيرها . وأما النظر في استخراج العلة غير المنصوص عليها ولا المجمع عليها بواسطة السبر والتقسيم أو بأى مسلك من مسالك العلة فيسمى تخريج المناط فهو استنباط علة الحكم شرعى ورد به النص ولم يرد نص بعلمته ولم ينعقد إجماع على علمته . وأما تحقيق المناط فهو النظر في تحقق العلة التي ثبتت بالنص أو بالإجماع أو بأى مسلك في جزئية أو واقعة غير التي ورد فيها النص ، كما إذا ورد النص بأن علة «اعتزال النساء في الحيض» الأذى فينظر المجتهد في تحقيق الأذى في النفاس . وكما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الإسكار فينظر في تحقق الإسكار في نبذ آخر . فتنقيح المناط هو تهذيب العلة وتعيينها وتخليصها مما لا بسبها . وتخريج المناط هو استخراج العلة والتوصل إلى معرفتها وتحقيق المناط هو البحث في تحقق العلة في أية واقعة .

الاستحسان

١ — تعريفه . ٢ — أنواعه وأمثله . ٣ — أدلة القائلين به .

٤ — أدلة منكريه . ٥ — تحرير محل الخلاف . ٦ — الفرق بينه وبين القياس .

١ — تعريفه : الاستحسان في اللغة العربية عد الشيء حسنا سواء أكان حسيا أم معنويا . يقال استحسن الرأي أو القول أو الطعام أو الشراب إذا عده حسنا . ويقال هذا مما استحسنه المسلمون أي مما رأوه حسنا .

أما في اصطلاح الأصوليين فهو دليل يُبنى عليه الحكم الشرعي في بعض الوقائع . وكثيرا ما يرد في عبارات الفقهاء الحنفية قولهم وقف المحجور عليه للسفه على نفسه غير صحيح قياسا وصحيح استحسانا ، وقولهم سؤر سباع الطير نجس قياسا وطاهر استحسانا ، وقولهم عقد الاستصناع غير صحيح قياسا وصحيح استحسانا . ولكن الأصوليين اختلفت عباراتهم في تعريف الاستحسان كما اختلفوا في عده دليلا شرعيا على الأحكام . وأبدأ بإيراد بعض التعريفات المختلفة التي عرفوه بها ثم استخلص أوضح تعريف له وأجمعه لأنواعه .

بعض تعريفات الحنفية :

عرفه البزدوى بقوله : الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه . أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

وعرفه النسفي بقوله : الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل يعارض القياس الجلي .

وعرفه الكرخي بقوله : الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي العدول عن الأول .

بعض تعريفات المالكية :

عرفه ابن العربي بقوله : الاستحسان هو إثبات ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته .

وعرفه الشاطبي بقوله : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين . فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا طرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان ، والاستثناء من القياس بأى دليل كان .

وعرفه ابن رشد بقوله : الاستحسان هو طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه . إلى حكم آخر في موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس . والشوكاني في كتابه إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق عن علم الأصول جمع عدة من هذه التعريفات من غير إسناد تعريف إلى قائله فقال : « واختلف في حقيقته فقل هو دليل ينقذ في نفس الجتهد ويعسر عليه التعبير عنه . وقيل هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى . وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس . وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلى » .

ومن النظر في تعريفات الاستحسان في اصطلاح الأصوليين يتبين أمران :
أولهما : أنها على اختلاف ألفاظها تتفق في أن الاستحسان عندهم هو عدول عن حكم إلى حكم في بعض الوقائع ، أو هو إثبات حكم على حكم ، أو طرح حكم ، أو ترك حكم ، أو استثناء واقعة من حكم كلى أو تخصيصها من عموم عام . وذلك أن اطراد القياس ، أو تعميم العام ، أو تطبيق الحكم الكلى ، قد يكون في بعض الوقائع مفوتا مصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، أو موقعا في مفسدة لخصوصيات تلابس هذه الجزئيات ؛ فيرى الجتهد تحقيقا للمصلحة أو درءا للمفسدة أن يعدل في هذه الجزئية عن موجب القياس الظاهر فيها ، أو عن شمول العام لها ، أو عن تطبيق الحكم الكلى عليها إلى حكم آخر يراه محققا للمصلحة أو دافعا للمفسدة . وهذا العدول هو

المسمى في اصطلاح الأصوليين الاستحسان . والسند الذي يستند إليه المجتهد في عدوله هو المسمى في اصطلاحهم وجه الاستحسان . وكلما ذكر الفقهاء حكماً بالاستحسان عقبوه ببيان وجه الاستحسان . وهذان مثلان فيهما زيادة إيضاح :

١ — قال فقهاء الحنفية وقف المحجور عليه للسفه إذا كان على نفسه لا يصح قياساً ويصح استحساناً . أما القياس فظاهر لأن الوقف تبرع والمحجور عليه للسفه ليس أهلاً للتبرعات . وأما وجه الاستحسان فهو أن الحجر على السفه إنما هو لحفظ ماله من التبديد ومنعه من التصرف فيه بما لا يرضاه شرع ولا عقل حتى لا يصبح عالة على غيره ، ووقفه إذا كان على نفسه فيه حفظ لما له ، وفيه تأمين له من أن يكون عالة على غيره ؛ فهو يتفق والغرض المقصود من الحجر عليه فيصح .

٢ — وقال فقهاء الحنفية الأجير المشترك وهو الذي يعمل بالأجر للناس كالحياط والكواء إذا هلك مال المؤجر في يده القياس أنه لا يضمنه إلا إذا ثبت أنه هلك بتعديه أو بتقصيره في حفظه ، والاستحسان أنه يضمنه إلا إذا ثبت أنه هلك بطارئ قاهر خارج عن إرادته مع اتخاذه كل ما يمكنه من وسائل الاحتياط . أما القياس فظاهر لأن الأجير المشترك أمين على ما في يده من أموال مستأجره والأمين لا يضمن ما يهلك في يده إلا إذا كان هلاكه بتعديه أو بتقصيره في حفظه . وأما وجه الاستحسان فهو أن الأجير المشترك أمين له خاصة وهو أنه مشترك يعمل للكافة ، ولا بد من تأمين الناس على أموالهم في يده ، وهذا التأمين إنما يتحقق باستثنائه من الحكم الكلي لكل أمين والحكم بأنه ضامن ما يهلك في يده إلا إذا كان الهلاك بحريق شب أو سرقة وقعت أو غير ذلك من الطوارئ الخارجة عن إرادته التي ما كان في إمكانه تلافي طروئها .

وثانيهما : أن عدول المجتهد قد يكون عدولا عن حكم يقتضيه قياس ، أو عن حكم يقتضيه عموم نص ، أو عن حكم يقتضيه حكم كلي . ولهذا أرى أن التعريفات التي عرفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه ، أو بأنه تخصيص قياس بدليل ، غير جامعة لأنواع الاستحسان .

وأجمع التعريفات في رأي تعريف الكرخي من الحنفية ، وتعريف ابن رشد من المالكية . ومن عبارتيهما نختار أن نعرف الاستحسان بما يأتي : —

الاستحسان هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعي اقتضى هذا العدول . فهو في الحقيقة ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا . فالترجيح هو المسمى اصطلاحا الاستحسان ، والمرجح هو المسمى اصطلاحا وجه الاستحسان .

٢ — أنواعه : تبين من تعريف الاستحسان أنه عدول عن حكم إلى حكم ، أو إيثار حكم على حكم . وقد اتفق القائلون بالاستحسان على أنه لا بد له من سند أى دليل يستند إليه في هذا العدول أو هذا الإيثار ، وهذا السند هو الذي يسمى وجه الاستحسان ، ومن تنوع سند الاستحسان تعددت أنواعه عند القائلين به .

فقال الحنفية أنواع الاستحسان أربعة :

النوع الأول : استحسان سنده قياس خفي رجحه المجتهد على قياس جلي . ومن أمثلة هذا ما يأتي :

(١) حقوق الري والصرف والمرور تدخل في وقف الأرض الزراعية بدون ذكرها استحسانا ، ولا تدخل بغير ذكرها قياسا . فالقياس الظاهر أن الوقف كالبيع لأن كلا منهما إخراج ملك من مالكه ، فكما لا تدخل هذه الحقوق في بيع الأرض بغير ذكرها لا تدخل في وقف الأرض بغير ذكرها . ووجه الاستحسان أن وقف الأرض الزراعية مقصود به الانتفاع بريعتها ، ولا يتحقق الانتفاع بريعتها إلا بحقوق ريها وصرفها وطريقها ، فالوقف من جهة أن المقصود به الانتفاع بالريع لا تملك العين كالإجارة . وفي إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريها وصرفها وطريقها بدون ذكرها ، فكذلك تدخل في وقفها . والذي رجح قياس وقفها بإجارتها مع خفائه ، على قياسه ببيعها مع ظهوره ، أن هذا القياس الخفي أقوى أثرا من ناحية أنه يحقق الغرض المقصود من الوقف وهو انتفاع الموقوف عليه بريعه .

(ب) إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن قبل أن يتسلم المشتري المبيع فقال البائع الثمن مائة وقال المشتري الثمن ثمانون ، يتحالفان استحسانا ، ولا يحلف البائع قياسا . فالقياس الظاهر أن المتبايعين متفقان في الثمانين ويختلفان في العشرين ، فالبائع يدعيها والمشتري ينكرها ، والبينة على من ادعى ، واليمين على أنكر . ووجه الاستحسان أن البائع مدع ومنكر ، لأنه يدعى العشرين وينكر على المشتري حقه في تسليم المبيع قبل أن يقبضها . وكذلك المشتري مدع ومنكر ، لأنه ينكر العشرين ويدعى أن له الحق في تسليم المبيع بدفع الثمانين ، والمتداعيان إذا كان كل منهما مدعياً من جهة ومنكراً من جهة أخرى يتحالفان . فالقياس الظاهر أن الخصومة بين مدع ومنكر ، والقياس الخفي أن الخصومة بين متداعيين كل منهما مدع ومنكر . والذي رجح القياس الخفي على القياس الظاهر أنه أقطع للنزاع لأن فيه مراعاة الخصومة من جميع نواحيها .

(ج) سؤر سباع الطير كالغراب والحدأة والصقر والنسر طاهر استحسانا ، نجس قياساً . فالقياس الظاهر أنه سؤر حيوان محرم لحمه كسؤر سباع البهائم كالذئب والفهد والنمر . ووجه الاستحسان أنه كسؤر الإنسان ، لأن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر . وأما سباع البهائم فتشرب بأسنانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها . فسباع الطير لها خصوصية تقتضي أن تقاس بالإنسان ويحكم بطهارة سؤرها عدولاً عن قياسها بسباع البهائم والحكم بنجاسة سؤرها . فالاستحسان من هذا النوع الأول هو في الحقيقة ترجيح قياس خفي على قياس جلي ، لأن الوصف المناسب الذي بنى عليه القياس الخفي مظنة لمصلحة أرجح من الوصف المناسب الذي بنى عليه القياس الجلي ، وقوة أثر القياس في تحقيق المصلحة أولى من ظهوره بالمراعاة .

النوع الثاني : استحسان سنده النص ، أي أنه عدول عن حكم كلي إلى حكم آخر في واقعة لورود الأثر بهذا العدول . ومن أمثلة هذا : نهى رسول الله عن بيع المعدوم ورخص في السلم — نهى رسول الله عن بيع الرطب بالتمر ورخص في العرايا — نهى رسول الله عن أن يخضد شحرمكة وأن يحتلى خلاها ، واستثنى الإذخر . فالحكم

في السلم والعرايا والإذخر هو عدول عن الحكم الكلي ، ودليل العدول هو الأثر . وكذلك الحكم بصحة الوصية والإجارة والمزارعة والمساقاة هو عدول عن الحكم الكلي في العقود . ودليل العدول هو الآثار التي دلت على صحة هذا العقود .

النوع الثالث : استحسان سنده العرف ، أى أنه عدول عن مقتضى القياس ، أو العموم لمراعاة العرف . ومن أمثلة هذا : لو حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكة لا يحنث مراعاة للعرف . وعقد الاستصناع يصح مراعاة للعرف ، ووقف المنقول المتعارف وقفه يصح مراعاة للعرف . ففي كل جزئية من هذه الجزئيات عدول عن موجب القياس ، أو الحكم الكلي ، إلى حكم آخر مراعاة للعرف .

النوع الرابع : استحسان سنده الضرورة ، أى أنه عدول عن الحكم الكلي ، لأن الضرورة قضت بهذا ، ومواضع الضرورات مستثنيات . ومن أمثلة هذا : طهارة الإناء المتنجس بغسله بالماء ؛ فالقياس أنه لا يطهر ، لأن كل ماء يصب في الإناء يخالط النجاسة فيتنجس ، ومخالطة النجس بالنجس لا تطهر ، ولكن للضرورة حكمنا بطهارة الإناء النجس بغسله بالماء . واعتقار الغبن اليسير في المعاملات ، فالقياس أنه لا يغتفر لأن فيه أكل مال الغير بالباطل ، ولكنه لا يمكن الاحتراز منه فاعتقر للضرورة . والعفو عن رشاش البول ، فالقياس أنه لا يعفى عنه ، ولا تصح الصلاة بثوب أصابه رشاش بول من الطريق ، ولكنه لا يمكن الاحتراز عنه فعفى عنه للضرورة . وطهارة البئر التي مات فيها حيوان فتنجس ماؤه بإخراج كمية من الدلاء منه ، فالقياس أن هذا لا يطهره ، ولكنه حكم بطهارته استحساناً للضرورة .

وكلمة الضرورة هنا تشمل الضرورة والحاجة ، أى أن سند العدول عن الحكم إما أمر ضرورى أى لا بد منه لحياة الناس ، أو حاجى أى لا بد منه لدفع الحرج عنهم .

وقال المالكية أنواع الاستحسان ثلاثة :

الأول : استحسان سنده العرف ، فمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكة لا يحنث ؛ فالقياس يوجب أن يحنث ، لأن السمك لحم والقرآن سماه لحماً ؛ ففي الآية :

« وتستخرجون منه لما طريا » ولكن العرف لا يسمى السمك لما ، فعديل عن موجب القياس للعرف .

الثاني : استحسان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال في يده القياس أنه لا يضمن ، ولكن عدل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة ، وهي المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحسان سنده رفع الحرج ، ولهذا يغتفر الغبن اليسير في المعاملات ويتسامح في التافه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التي عدها الحنفية ، وأنواعه التي عدها المالكية ، يتبين أنهم اتفقوا في نوعين : في الاستحسان الذي سنده العرف ، وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدل عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف ، أو للمصلحة ، أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بعد نوعين : الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي ، والاستحسان الذي سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هذين النوعين استحسانا لا يظهر له وجه ، لأن الحكم في النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يعارضه لا يخرج القياس عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، وكذلك الحكم في النوع الثاني وهو الذي سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كاستثناء لا يخرج عن أنه هو دليل الحكم والحكم ثابت به ، فمصدر الحكم في النوع الأول القياس ، ومصدر الحكم في النوع الثاني النص ، وفي التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم وإنما حكم ابتداء بأرجح القياسين ، وحكم ابتداء بالنص .

هل يعدى الحكم المستحسن ؟

قرر علماء الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده قياس خفي يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى . وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص ، أو العرف ، أو الضرورة ، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه في هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله . ومثوا لتعدية الحكم الذي سنده قياس خفي بتخالف البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا : هذا حكم مستحسن سند استحسانه قياس خفي فيتعدى من البائع والمشتري إلى ورثتهما ، فلو مات البائع والمشتري قبل قبض المبيع واختلف ورثتهما في مقدار الثمن تحالفا . ويتعدى أيضا من البيع إلى الإجارة ، فإذا اختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة قبل استيفاء المحقود عليه تحالفا .

وفي هذا نظر في وجهين ؛ أحدهما : أننا قدمنا في بحوث القياس أن الحكم الذي يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص . وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى . وبيننا وجه هذا وإثبات التحالف بين ورثتي البائع والمشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن قبل قبض المبيع ليس بالقياس على البائع والمشتري وإنما هو تطبيق للحكم الكلي لكل متداعين معتبر كل واحد منهما مدعيا ومنكرا في وقت واحد . وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر .

وثانيهما : أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التي تحققت فيها علته . ولهذا لما ورد الترخيص في العرايا وهي بيع الرطب على النخل بالتمر ، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس ، وأن التقدير فيه بالحرص والتخمين يقرب من الحقيقة ، وأن يسير التفاوت غفو عدى هذا الترخيص إلى بيع العنب على السكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل العرايا . وقد أثبتنا في بحوث القياس أن تعدية الحكم بالقياس إلى غير موضع النص أساسه إدراك علة حكم النص سواء كان حكما مبتدأ أو حكما استثنائيا .

٣ — حجية الاستحسان — أشهر المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة : فذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى أنه دليل شرعى ثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس، أو العموم . وقد تعددت عباراتهم في تعريفه وفي بيان أنواعه كما قدمنا . وذهب الشافعى إلى أنه ليس بدليل شرعى وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأى في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعى . وذهب فريق إلى أنه دليل شرعى ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس أو العمل بالعرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكانى ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه « فقد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلا لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع فى شيء ، بل هو من القول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى .

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنان :

أولهما : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم، أو تعميم الكل، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملاسبات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكل يوجب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب للعدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكل إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة . وهذا العدول المقصود به درء المفاسد وجلب المصالح هو الذى نسميه الاستحسان . وإلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله : الاستحسان طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس . ومن أنعم النظر فى أمثلة الاستحسان من أى نوع من أنواعه يتبين أن العدول عن موجب القياس أو عموم العام فى كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل

في بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا المصلحة أو درءا للمفسدة . فالله سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ثم قال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » . وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه ثم قال : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » والرسول نهى عن بيع المعدوم ورخص في السلم، ونهى عن بيع التمر بالرطب ورخص في العرايا، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة .

وأما أدلة منكري الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعي بعدة عبارات أوردتها في كتابه الأم وفي رسالته الأصولية . وأنا أكتفي بذكر نصوص بعض عباراته في كتابيه ؛ قال في الأم^(١) : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتي بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واحدا ولا في واحد من هذه المعاني » .

وقال في الأم أيضا : « إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاكتفاء لعين قائمة إنما هو شيء يحدثه من نفسه ، ولم يؤمر باتباع نفسه ، وإنما أمر باتباع غيره . فأحدثه على الأصلين اللذين افترض الله عليه ، من إحدائه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأى نفسه . فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه ، وعليه أن يتبع غيره . فالاستحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد على غير كتاب ولا سنة » .

وقال في رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدا إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر .

(١) انظر كتاب إبطال الاستحسان في الجزء السابع من الأم .

(٢) انظر فهرس رسالة الشافعي في الأصول والصفحات التي ورد فيها الاستحسان — طبعة الخبي .

والخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق .

وقال فيها أيضا : « ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز . »

وقال فيها أيضا : « إذا كان هذا هكذا — يشير إلى تقدير المثل في قول الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم — فيما تقل قيمته من المال ويسهل فيه الخطأ كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان وإنما الاستحسان تلذذ . »

وقال فيها أيضا : « كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم وعلى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعه . وإذا لم يكن فيه حكم بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياسي . »

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعي أنه ينكر الاستحسان لأمرين :

أولهما : أن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المستحسن للمجتهد هو حكم وضعي لا شرعي وهو مبني على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص في كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الطريق الواجب الاستدلال به فيما لا نص فيه بقوله « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعي بقوله أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه وبقوله : « فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول » وهذا ما أراده الشافعي بقوله : أو قياس على بعض هذا . فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع النص ، وليس له فيما لا حكم فيه بالنص إلا أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذي أرشد الله إليه وهو القياس . وبالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذي يقتضيه النص أو القياس

إلى حكم يقول إنه استحسنه، لأن في هذا تقديم حكم الرأى على حكم الدليل الشرعى وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً ، فدليلهم أنه بالنظر في كل نوع من الأنواع التى سميت استحساناً يتبين أن سند الحكم الشرعى فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المسماة . ففى النوع الأول وهو الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان ، كل واحد منهما يقتضى قياساً متعدية حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبة أظهر ، وتأثيرها فى جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية فى تزويج الولى للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعى مناسبة البكارة لثبوت الولاية . وفى النوع الثانى وهو الاستحسان الذى سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفى النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعرف . وفى النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان .

تحرير محل الخلاف : قال بعض المحققين : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، لأنهم ذكروا فى تفسيره أموراً لاتصلح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقاً ، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد ، فما هو مقبول اتفاقاً العدول عن موجب قياس إلى موجب قياس أقوى منه ، أو تخصيص موجب قياس بأقوى منه . ومما هو مردود اتفاقاً العدول عن موجب الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة . ومما هو متردد بين القبول والرد العدول عن موجب الدليل للعرف أو المصلحة ، لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعاً فالاستحسان بناء عليهما مقبول ، وإذا كانا غير معتبرين شرعاً فالاستحسان بناء عليهما مردود .

وقال ابن السمعانى : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل ، ولا يقول به أحد ، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد .

ومن هذا يؤخذ أن الخلاف بين القائلين بالاستحسان ومنكريه ليس خلافاً حقيقياً وإنما هو خلاف لفظي. فالقائلون به إنما يقرون الاستحسان الذي هو عدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه أو هو كما قال الكرخي عدول عن الحكم في مسألة بما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي هذا العدول، أو هو كما قال ابن رشد طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي استثناء من ذلك القياس. والمنكرون إنما ينكرون الاستحسان الذي هو تشريع بالهوى وترك حكم الدليل الشرعي بمجرد التشهي والتذوق، وهذا لا يتردد في إنكاره أحد، كما أن المعنى الأول لا يتردد في القول به أحد. قال صاحب التلويح: الحق أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلاً للنزاع؛ فإن كان النزاع في صحة العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى فهذا لا ينبغي أن يكون محلاً للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لا خلاف فيه، وإن كان النزاع في تسمية هذا العدول استحساناً فلا مشاحة في الاصطلاح.

وقال الشاطبي في الموافقات: «من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشبهه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى تقويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك».

الفرق بينه وبين القياس — من المقارنة بين القياس والاستحسان يتبين أن موضع القياس واقعة لا نص ولا إجماع على حكمها ويراد الحكم فيها بما حكم به النص في واقعة تساويها في علة الحكم؛ وأما الاستحسان فموضعه واقعة دل على حكمها نص أو قياس ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تقويت مصلحة أو جلب مفسدة وخصوصيات لا بست تلك الواقعة ويراد العدول عن موجب عموم النص أو القياس في هذه الواقعة بناء على الدليل الذي يقضي بهذا العدول. فالقياس يظهر الحكم الشرعي في واقعة بكر لا حكم فيها، والاستحسان يعدل حكماً في واقعة لضرورة أو حاجة أو دليل يقتضي هذا التعديل.

الاستصلاح

- ١ — تعريفه .
- ٢ — الفرق بينه وبين القياس والاستحسان .
- ٣ — مذاهب العلماء في الاستصلاح .
- ٤ — أدلة كل مذهب .
- ٥ — شروط الاستصلاح .
- ٦ — الاستصلاح حيث توجد أحكام النصوص .

تعريفه : الاستصلاح في اللغة العربية طلب الصلاح والخير في الحسيات والمعنويات يقال استصلح لبدنه واستصلح لأمته أى طلب الصلاح والنفع وجلب الخير ودفع الشر . ومثله أصلح ، قال تعالى على لسان إبراهيم « وأصلح لى فى ذرىقى » وقال سبحانه « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

أما الاستصلاح فى اصطلاح الأصوليين فهو يرجع إلى توخى المصلحة بتشريع الأحكام العملية فيما لم يشرع الشارع فيه أحكاماً من الوقائع . وأساس فكرة الاستصلاح فى التشريع الإسلامى أن استقراء الأحكام الشرعية وعللها وأسبابها فى مختلف الوقائع دل على أن الشارع ما شرع الأحكام إلا لتحقيق مصالح الناس ، وأنه ما قصد بكل حكم شرعه إلا حفظ ضروريات الناس وحاجياتهم وتحسينياتهم ، ومن هذه الثلاثة تتكون مصالحهم ؛ وأنه بنى أحكامه على علل ظاهرة فى بناء الأحكام عليها وربطها وجوداً بها وعدمها تحقيق ما قصده من المصالح ؛ وأن العقل يمكنه أن يدرك المصالح ويمكنه أن يدرك ما هو مظنة لها . فإذا حدثت وقائع لم يشرع الشارع أحكاماً لها وتوخى المجتهد المصلحة بالتشريع لها وشرع فيها أحكاماً تجلب الخير أو تدفع الشر حسب اجتهاده ، فهو يسير على سنن الشارع فى تشريعه ، ويهدف إلى

الغاية التي قصد إليها الشارع بالتشريع . واجتهاده في هذا يسمى في اصطلاح الأصوليين الاستصلاح أو التشريع للمصلحة المرسلة .

وتحقيقا للمراد من الاستصلاح في اصطلاح الأصوليين والمراد من المصلحة المرسلة في اصطلاحهم نقول : إذا شرع الشارع حكما في واقعة ودل على علة بعينها بنى عليها حكمه . فهذه العلة تسمى في اصطلاح الأصوليين المناسب المؤثر . ومثاله قوله تعالى « ويسألونك عن الحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض » أوجب الشارع اعتزال النساء في الحيض ودل على علة هذا الإيجاب بقوله هو أذى . فالأذى في الحيض مناسب مؤثر لإيجاب اعتزال النساء فيه . أما وجه تسميته المناسب فلأن بناء الحكم عليه يدفع مضرة . وأما وجه تسميته المؤثر فلأن تعليل الشارع به دل على أنه أساس الحكم والحكم أثر له . وهذا المناسب المؤثر لا خلاف في التشريع بالقياس بناء عليه ؛ ولهذا يجب اعتزال النساء في النفاس وفي حال النزيف متى تحقق أنه أذى .

وإذا شرع الشارع حكما في واقعة ولم يدل على علة بعينها بنى عليها حكمه ولكن دل على علة بنى عليها حكما من جنس حكمه ، كان هذا دلالة على اعتبار الشارع لما هو علة لحكمه .

ومثاله ما ورد في السنة من أن البكر الصغيرة يزوجها وليها فقد أثبت الشارع ولاية التزويج على البكر الصغيرة ، ولم يدل على علة ثبوت الولاية عليها أو صغرها أو بكارتها ولكن الشارع في قوله سبحانه « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » دل على أن الصغر أي عدم بلوغ الحلم هو علة ثبوت الولاية المالية والولاية المالية على الصغير وولاية التزويج من جنس واحد . فالعلة المعتبرة في ثبوت إحداها تعتبر هي العلة في ثبوت الأخرى ؛ فالصغر معتبر من الشارع علة للولاية على التزويج بنوع من الاعتبار .

وكذلك إذا دل الشارع على أن وصفا بعينه علة لحكم كان هذا اعتبارا لكل وصف من جنس هذا الوصف علة لهذا الحكم . وكذلك إذا اعتبر جنس الوصف

في جنس الحكم أى أنه إذا دل على اعتبار المناسب بوجه من وجوه الاعتبار فهذا يسمى في اصطلاح الأصوليين المناسب الملائم . أما وجه تسميته المناسب فظاهر ، وأما وجه تسميته الملائم فلأن التعليل به يلائم ويوافق تعليل الشارع في تشريعه وتعليله . وهذا المناسب الملائم كالمناسب المؤثر لا خلاف في التشريع بالقياس بناء عليه . لأن كلا منهما معنبر التعليل به من الشارع . وإن كان اعتبار التعليل بالمؤثر أقوى من اعتبار التعليل بالملائم .

وإذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكماً لها ، ولم تتحقق فيها علة تقتضى إلحاقها في الحكم بواقعة شرع الشارع حكماً لها ، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم لها أى أن بناء الحكم على هذا الأمر المناسب فيه جلب نفع أو دفع ضرر ، ولم يوجد دليل شرعى يدل على اعتبار هذا المناسب لبناء التشريع عليه ، أو يدل على إلغاء اعتباره ؛ فهذا المناسب يسمى في اصطلاح الأصوليين المناسب المرسل ، فهو مناسب لأن بناء الحكم عليه يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً أى أنه مظنة مصلحة . وهو مرسل أى مطلق . لأنه لم يقيد بدليل يدل على اعتباره ولا بدليل يدل على إلغاءه ولم يشرع الشارع حكماً بناء عليه .

مثال هذا : مات في حروب الردة كثيرون من الصحابة فخاف المسلمون أن يضيع بموتهم حرف من القرآن فجمعوا مفرقه في مجموعة واحدة . فجمع القرآن حكم بنى على مناسب وهو موت الصحابة وفيهم الحفاظ والقراء ، وهو مرسل لأن الشارع ما اعتبره علة لهذا الحكم وما ألغى اعتباره .

ومثاله : كثر المسلمون في عهد عثمان وصار الأذان بين يدي الخطيب في يوم الجمعة غير كاف لإعلام المسلمين بدخول وقت الصلاة ، فجدد أذاناً ثانياً . فتجدد أذان ثان حكم على مناسب وهو كثرة المسلمين ، ولم يدل دليل على اعتباره علة لهذا الحكم ولا على إلغاءه . ومثاله : اعتاد أكثر المجرمين الإنكار وتعذر إثبات التهمة عليهم بالأدلة في كل تهمة ؛ فأباح بعض الأئمة تعزير المتهم ليقرب بما ارتكب . فهذه الإباحة بنيت على أمر مناسب مرسل .

ومن هذا يتبين أن المصلحة المرسله ، أو المناسب المرسل في اصطلاح الأصوليين هو الأمر الذي في بناء الحكم عليه تحقيق مصلحة ولم يشرع الشارع حكما بناء عليه ولم يدل على اعتباره ، ولا على إلغاء اعتباره . والتشريع بناء على هذا المناسب المرسل هو الاستصلاح في عرف الأصوليين .

الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح — إذا وجد المجتهد واقعة لاحكم فيها بنص ولا إجماع ، ووجدها تساوي واقعة فيها حكم بنص أو إجماع في علة هذا الحكم . فسوى بين الواقعتين في الحكم بناء على تساويهما في علته ، فهذه التسوية هي القياس . فمجال القياس واقعة لا حكم فيها ، واجتهاد القائس هو في إلحاقها بواقعة منصوص على حكمها .

وإذا وجد المجتهد واقعة فيها حكم بدليل شرعى ، ووجد دليلا يقتضى العدول عن هذا الحكم إلى حكم آخر ، فعدل عن حكم الدليل الأول إلى حكم الدليل الثانى لترجحه عنده على معارضه . فهذا العدول هو الاستحسان . فمجال الاستحسان واقعة فيها حكم قام دليل يقتضى تعديل الحكم فيها . واجتهاد المستحسن هو في ترجيح الدليل الذى يبنى عليه عدوله وتعديله .

وإذا وجد المجتهد واقعة لا حكم فيها بدليل شرعى . ولم يجد واقعة تساويها منصوصا على حكمها يلحقها بها ، ووجد فيها أمرا مناسبا أى بناء التشريع عايه مظنة مصلحة ، ولكن لا دليل من الشارع على اعتباره ولا على إلغاءه ، وحكم فيه بما يناسبه ، فهذا الحكم يسمى استصلاحا ، فمجال الاستصلاح واقعة لا حكم فيها ، ولا سبيل إلى الحكم فيها بالقياس ، وعمل المستصلاح هو التشريع لتحقيق مصلحة مطابقة في واقعة لا تشريع فيها ، فمنع الموصى له من الوصية إذا قتل الموصى قياسا على منع الوارث من الإرث إذا قتل المورث حكم بالقياس لا بالاستحسان ولا بالاستصلاح ، وتضمن الأجير المشترك عدولا عن عدم تضمينه . وتوظيف الخراج على أرض السواد عدولا عن قسمتها بين الغامين استحسان لا قياس ولا استصلاح .

وجمع القرآن ، واتخاذ السجون ، وتعزيز المتهم للإقرار ، استصلاح لا قياس ولا استحسان .

مذاهب العلماء في الاستصلاح .

اتفقت كلمة العلماء على أنه لا مجال للاستصلاح في العبادات كما أنه لا مجال للقياس في العبادات ، والسبب في هذا أن العبادات حق لله وهي تؤدي كما أراد أن يعبد كما وكيفنا وزمانا ومكانا ، وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التفصيلية التي قصدها الشارع بما شرعه من أحكام العبادات ، لأن أكثر هذه المصالح استأثر الله بعلمها ابتلاء واختبارا لعباده ليعلمهم أيعبدونه كما أمرهم ولولم تصل عقولهم إلى إدراك حكمته فيما أمرهم به ، وإذا كانت المصالح التفصيلية المقصودة بالعبادات ليست في متناول عقل الإنسان . فباب الاستصلاح فيها مسدود كباب القياس ، لأن أساس كل منهما تعقل المعنى وإدراك العلة وتوخي المصلحة . ومثل العبادات الحدود والكفارات والمقدرات وكل ما استأثر الله بعلم تفصيلات المصلحة فيه .

وأما ما عدا العبادات والمقدرات من المعاملات وسائر الأحكام فقد اختلف العلماء في التشريع فيها بالاستصلاح ، وبعبارة أخرى بالعمل فيها بالمصلحة المرسلة .
١ — فذهب مالك وأحمد إلى الأخذ بالاستصلاح فيها ما دامت الواقعة لا نص على حكمها ، ولا سبيل إلى الحكم فيها بالقياس . والمناسب الذي يبنى عليه الحكم فيها مظنة المصلحة ، ولا دليل من الشارع على إلغائه .

٢ — وذهب الشافعي إلى أنه لا تشريع بالاستصلاح كما لا تشريع بالاستحسان ومن استصلح فقد شرع بالهوى مثل من استحسن .

٣ — وذهب الطوفي إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعي الأساسي في المعاملات ونحوها ، مما شرعت فيها الأحكام لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، فحيثما تحققت المصلحة فثم شرع الله . فأساس التشريع في المعاملات هو الاستصلاح ، وليس الاستصلاح سبيلا للتشريع فيما لا نص فيه فحسب ، بل هو أساس التشريع وسبيله العام فيما لا نص فيه ، وفيما فيه نص .

أما الحنفية : فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ، ولا يعتبرونه دليلاً شرعياً ، وهذا غير مسلم ، وفيه نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه ، وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون بالاستصلاح . وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي في بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتاج إلا بالمصلحة .

وثانيها : أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استناداً إلى المناسب المرسل ، وأخذوا بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح .

أدلة المحتجين بالاستصلاح : استدلل المحتجون بالاستصلاح على حجتيه بعدة أدلة :

أولها : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس أي جلب النفع لهم ، أو دفع الضرر عنهم . فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي بنص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص ، أو إجماع ، يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة . وإذا لم يكن فيها حكم بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، يتوخى الحكم فيها بما يحقق المصلحة . ويكون الحكم المتوخى به المصلحة فيها حكماً شرعياً لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التي ما قصد بها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتي دل استقراؤها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة قُسم شرع الله .

وثانيها : أن الوقائع تحدث . والحوادث تتجدد . والبيئات تتغير . والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل ، وقد يؤدي تغير أخلاق الناس وذهمهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح ، ضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح

العباد . وقصرت ، عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسيرة مختلف الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال ، مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس ، وخاتمة الشرائع السماوية كلها . وثالثها : أن المصالح التي بنيت عليها أحكام الشريعة هي مصالح معقولة ، أى أن العقل يدرك حسن ما طالب به الشرع ويدرك قبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما يمكن لعقولنا أن تدرك نفعه ، وحرم علينا ما يمكن لعقولنا أن تدرك ضرره ، فإذا حدثت واقعة لا حكم للشارع فيها ، وبني المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع فيها أو ضرر كان حكمه على أساس صحيح معتبر من الشارع . ولذلك لم يفتح باب الاستصلاح إلا في المعاملات ونحوها مما تعقل معاني أحكامها ، وأما العبادات ونحوها مما لا تعقل معاني أحكامها ، فلا تشريع فيها بالاستصلاح .

ورابعها : أن أصحاب رسول الله لما طرأت لهم بعد وفاته حوادث وجدت لهم طوارئ شرعوا لها مارأوا أن فيه تحقيق المصلحة ، وما وقفوا عن التشريع لأن المصلحة ما قام دليل من الشارع على اعتبارها ، بل اعتبروا أن ما يجلب النفع أو يدفع الضرر حسبا أدركته عقولهم هو المصلحة ، وهو كاف لأن يبنوا عليه التشريع والأحكام ، فأبو بكر جمع القرآن في مجموعة واحدة ، وحارب مانى الزكاة ، ودرأ القصاص عن خالد بن الوليد . وعمر أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ووقف تنفيذ حد السرقة في عام الجماعة ، وقتل الجماعة في الواحد . وعثمان جدّد أذاناً ثانياً لصلاة الجمعة ، وورث زوجة المطلق الفارّ من إرث زوجته . ودوّن مصحفاً واحداً وجمع المسلمين عليه . وعلى حرّق الرافضة . وأصحاب هذا المذهب يتفقون في الأساس فقط وأصحاب مذهب التحسين والتقيح العقليين الذين ذهبوا إلى أن ما حسنه العقل فهو الحسن وهو المطلوب لله أن يفعله المكلف ويثاب على فعله ويعاقب على تركه . وما قبحه العقل فهو القبيح وهو المطلوب لله أن يتركه المكلف ويعاقب على فعله ويثاب على الكف عنه . ويتفق في الأساس أيضاً . وأصحاب مذهب المنفعة الذين ذهبوا إلى أن الخير ما جاب أكبر نفع لأكثر عدد ، والشر ما جلب الضرر وإنما قلت إنهم يتفقون معهم في الأساس فقط ، لأن المحتجين بالاستصلاح لا يرون أن الحكم بالاستصلاح هو حكم العقل ،

وإنما يرون أنه حكم الشرع اهتدى إليه العقل على ضوء أحكام الشارع ومبادئه العامة ومقاصده من التشريع .

وهذه أقوال ثلاثة من زعماء المحتجين بالاستصلاح أنقلها بنصوصها لتبين منها وجهات نظرهم .

قال العز بن عبد السلام^(١) : إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل ؛ وذلك في معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن ، واتفق العقلاء وكذلك الشرائع على تحريم الدماء ، والأبضاع ، والأموال ، والأعراض ، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال .

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفى منها شيء ، طلب من أدلة الشرع وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والظنون . ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجعها ومرجوعها فليعرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم لينبئ عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما نعبّد الله به عباده ، ولم يوقفهم على مصلحته أو مفسدته ، والشرعية كلها مصالح ، أو تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : « يأيتها الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجدد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزعرك عنه .

وقال أبو إسحاق^(٢) الشاطبي الفقيه المالكي : إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل : « رُسُلًا

(١) توفي في جمادى الأولى سنة ٦٦٠ هـ .

(٢) توفي سنة ٧٩٠ هـ .

مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى في الصيام : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ » وفي الصلاة : « إِنْ الصَّلَاةُ تَنَهَيْتُكَ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ » وفي القبلية : « فَوَلَّوْا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ لِئَلَّا لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ » وفي الجهاد : « أَذِنَ لِلَّذِينَ يَقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا » وفي القصاص : « وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ » .

وقال محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم^(١) : « إِنْ الشَّرِيعَةُ الْبَاهِرَةُ مَبْنَاهَا عَلَى الْحُكْمِ وَمَصَالِحُ الْعِبَادِ فِي الْمَعَاشِ وَالْمَعَادِ ، وَهِيَ عَدْلٌ كُلُّهَا ، وَرَحْمَةٌ كُلُّهَا ، وَمَصَالِحُ كُلِّهَا ، كُلُّ مَسْأَلَةٍ خَرَجَتْ عَنِ الْعَدْلِ إِلَى الْجَوْرِ وَعَنِ الرَّحْمَةِ إِلَى ضِدِّهَا وَعَنِ الْمَصْلَحَةِ إِلَى الْمَفْسَدَةِ وَعَنِ الْحِكْمَةِ إِلَى الْعَبَثِ فَلَيْسَتْ مِنَ الشَّرِيعَةِ وَإِنْ أَدَخَاتِ بِالتَّأْوِيلِ ، فَالشَّرِيعَةُ عَدْلُ اللَّهِ بَيْنَ عِبَادِهِ ، وَرَحْمَتُهُ بَيْنَ خَلْقِهِ ، وَظَلَمٌ فِي أَرْضِهِ ، وَحُكْمَتُهُ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ وَعَلَى صَدَقِ رَسُولِهِ أَتَمُّ دَلَالَةٍ وَأَصْدَقُهَا ، وَهِيَ نُورُهُ الَّذِي بِهِ أَبْصَرَ الْمُبْصُرُونَ ، وَهَدَاهُ الَّذِي بِهِ اهْتَدَى الْمُهْتَدُونَ ، وَشَفَاؤُهُ التَّامُّ الَّذِي بِهِ دَوَاءُ كُلِّ عَليْلِ ، وَطَرِيقُهُ الْمُسْتَقِيمُ الَّذِي مِنْ اسْتِقَامٍ عَلَيْهِ فَقَدْ اسْتَقَامَ عَلَى سِوَاءِ السَّبِيلِ ، وَهِيَ الْعَصْمَةُ لِلنَّاسِ وَقَوَامُ الْعَالَمِ ، فَبِهَا يُمْسِكُ اللَّهُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ أَنْ تَزُولَا . »

أدلة من لا يحتجون بالاستصلاح : الذين لا يحتجون بالاستصلاح في التشريع
فريقان : الأول نفاذ القياس وهؤلاء حجبتهم على إنكار الاستصلاح هي حجبتهم على إنكار القياس ، وهي أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركهما عقولنا . وما نص عليه في كتابه وعلى لسان رسوله كفيلاً بتحقيق مصالح الناس . وما سكنت عنه فهو على البراءة الأصلية التي خلق الله عليها الأشياء . فهؤلاء لا يقولون بعمل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

والفريق الثاني : جمهور من مثبتى القياس فى مقدمتهم الإمام الشافعى وقد استدلووا على مذهبهم بعدة أدلة .

أولها : أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، فشرع لهم أحكاما فى كتابه وعلى لسان رسوله ، وأحكاما هدى إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها ، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا فى شىء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه ، أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأى طريق من طرق رده إليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتن عليهم بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى » . ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لينه ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار : « أychسب الإنسان أن يترك سدى » . وثانيها : أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها . فما لم يشرع الشارع له أحكاما من مصالح الناس ، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع عليه لأن الحكم إنما يكون شرعيا إذا شرعه الشارع أو بنى على ما اعتبره الشارع أساسا لبناء الحكم عليه والاستصلاح هو حكم مبنى على مصلحة لم يعتبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعى .

وثالثها : أن المصلحة المرسله أى المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هى مترددة بين الاعتبار والإلغاء . ومحتملة لأن تلحق بالمعتبر أو بالمغنى . وفى هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والأغراض ، فقد يغلب على المرء هواه فىرى المفسدة مصلحة والمضرة منفعة . وقد تخفى على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام . فالإنسان مهما كمل لا يأمن من أن يغلب هواه عليه وأن يزين له السوء حسنا والعقل مهما نضج لا يأمن من أن تخفى عليه بعض وجوه النفع أو الضرر ، فالتشريع بناء على المصلحة المرسله عرضة للزلل وباب للتشريع بالهوى .

وهذا المذهب يتفق وأصحاب المذهب التحسين والتقبيح الشرعيين الذين ذهبوا

إلى أن الحسن هو ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه الشرع . وما حسنه الشرع هو المطلوب للشارع فعله وهو الذى يثاب فاعله ، وما قبحه الشرع هو المطلوب للشارع الكف عنه وهو الذى يعاقب فاعله . ويتفق ومذهب أصحاب القانون الذين ذهبوا إلى أن مقياس الخير والشر القانون ، فما أمر به القانون أو أباحه فهو الخير وما منعه القانون فهو الشر . وأنا أورد بعض أقوال زعماء هذا المذهب لتبين من أقوالهم وجهات نظرهم .

قال الإمام الشافعى : لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب أو السنة . أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه . أو قياس على بعض هذا « فما أبطل به الاستحسان هو الذى أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعى لا يكون إلا عن نص أو إجماع أو قياس مبنى على علة اعتبرها الشارع لحكمه .

وقال الآمدى فى كتابه الأحكام : « المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها . والمرسلة مترددة بين ذينك القسمين . وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى » .

وقال الغزالى فى كتابه المستصفى « هذا — أى القول بالمصالح — من الأصول الموهومة إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأننا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع . ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشارع فهى باطلة مطروحة ، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع . وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا عن هذه الأصول — ثم قال : ما معناه : إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف فى اتباعها . ويجب القطع بكونها حجة لأنها فى الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع . وإذا فسرنا المصلحة المرسلة

بالمصلحة التي لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها ولا لبناء تشريع عليها— وختم بحثه بقوله: وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلاً خامساً برأسه بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع .

الطوفى ، ومذهبه ، وأدلته : الطوفى هو سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفى الصرصرى البغدادى الحنبلى الأصولى الملقب بنجم الدين . ولد بقرية طوفى من أعمال صرصر بالعراق فى سنة ٦٧٣ هـ ونشأ بها . ثم رحل إلى بغداد وتثقف بعلمائها . ثم سافر إلى دمشق واجتمع فيها بابن تيمية ، ثم ذهب إلى مصر وقرأ على أبى حيان النحوى مختصره لكتاب سيبويه . وقد عرف عنه التشيع ونقد بعض كبار الصحابة والتطرف فى بعض آرائه ، وقد ابتلى من أجل هذا بالتعزير والتشهير والحبس ثم حج وأقام بمكة زمناً طويلاً ، وله مؤلفات عديدة فى الحديث والأصول ، وتوفى ببلدة الخليل فى سنة ٧١٦ هـ ودفن بها .

ومن مؤلفات الطوفى رسالة فى رعاية المصالح المرسله جعل محورها شرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » وقد نشرت هذه الرسالة بالمجلد التاسع من مجلة المنار .

أما خلاصة ما ذهب إليه فى مراعاة المصلحة المرسله فهى أنه قسم الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام العبادات والمقدرات التى لا مجال للعقل فى فهم معانيها بالتفصيل . وهذه المعول عليه فيها نصوص القرآن والسنة وإجماع المجتهدين من الأمة . وأحكام المعاملات والسياسات الدنيوية التى للعقل مجال فى فهم معانيها والمقصود بها . وهذه المعول عليه فيها هو المصلحة أى جلب النفع ورفع الضرر فإذا لم يكن للشارع حكم فى وقائع منها حكمنا فيها بما يحقق المصلحة . وإذا كان للشارع حكم فى وقائع منها وافق حكم نص الشارع والمصلحة التى تدركها عقولنا نفذنا النص ، وإذا كان حكم نص الشارع أو الإجماع لا يتفق والمصلحة التى تدركها عقولنا ولم يمكن الجمع بينهما فالمعول عليه هو المصلحة ، وهذه بعض عباراته أنقلها بنصوصها ليتبين منها مذهبه ووجهة نظره :

قال : « واعلم أن هذه الطريقة التي قررناها مستفيدين لها من الحديث المذكور — لا ضرر ولا ضرار — ليست هي القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك ، بل هي أبلغ من ذلك . وهي التعويل على النصوص والإجماع في العبادات والمقدرات . وعلى اعتبار المصالح في المعاملات وباقي الأحكام ، وإنما اعتبرنا المصلحة في المعاملات دون العبادات وشبهها لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته فيأتي به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً خادماً له إلا إذا امتثل ما رسم سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك ها هنا ، ولهذا لما تقيدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عز وجل وضلوا وأضلوا . وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، وكانت هي المعتبرة ، وعلى تخصيصها المعول » .

وقال : « المصلحة وباقي الأدلة إما أن تتفقا . أو تختلفا . فإن اتفقا فيها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الكلية الخمسة وهي : قتل القاتل والمرتد . وقطع يد السارق . وحد القاذف والشارب . ونحو ذلك من الأحكام التي وافقت فيها الأدلة المصلحة . وإن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع مثل أن تحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة ولا يفضي إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها . وإن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم . لا ضرر ولا ضرار . وهو خاص في نفي الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هي المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، وباقي الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل » .

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هي :

أولاً ما ورد عن الشارع من نصوصه وتعليقات أحكامه الدالة على أنه ما قصد من تشريعه الأحكام إلا تحقيق مصالح الناس . مثل ولستم في القصاص حياة . ومثل

ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج . وغير ذلك مما يدل على مقصود الشارع من تشريعه ، فإذا سكت عن حكم واقعة من وقائع معاملات الناس . وحقوقهم بعضهم على بعض . ونظمهم السياسية الدنيوية ، فقد أحالهم على عقولهم يستنبطون بها في هذه الوقائع الأحكام التي تحقق مصالحهم وهي المقصودة للشارع من التشريع . وهذا الدليل يتفق وما استدل به المالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسلة فيما لا نص على حكمه ولا إجماع .

وثانيا ما ورد في السنة الصحيحة من قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فهذا نص خاص قاطع في نفي كل ضرر وكل ضرار لأن النكرة في سياق النفي من صيغ العموم . فإذا دل نص على حكم وكان تطبيق حكم هذا النص في واقعة من الوقائع يستلزم ضرراً بأن كان يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة يخص النص بما عدا هذه الواقعة عملاً بحديث لا ضرر ولا ضرار كما هو الشأن في تعارض العام والخاص ، يعمل بالعام فيما عدا الخاص ، وعلى هذا لا يكون التعارض في التحقيق بين النص والمصلحة ، وإنما هو بين النص . ونص لا ضرر ولا ضرار . ولا نكون أهملنا العمل بالنص مراعاة للعمل بالمصلحة ، وإنما خصصنا عموم النص أو قيدنا إطلاقه بنص الحديث لا ضرر ولا ضرار . وكان الشارع لما شرع أحكامه في المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضرراً ، ودل على هذا التقييد بقوله لا ضرر ولا ضرار .

وثالثاً أن النصوص والإجماع وسائر الأدلة والأمارات الشرعية إنما هي وسائل لتحقيق مصالح الناس ، ورعاية المصلحة هي من أدلة الأحكام والأمارات عليها ، فإذا عملنا بالمصلحة في مقابلة ما دل عليه دليل من هذه الأدلة فنحن نعمل بدليل راجح في مقابلة دليل مرجوح ، لأن المصلحة هي المقصودة والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل . ولهذا نسخت بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبديل المصالح .

شروط المصلحة التي يبنى عليها التشريع : من يحتجون بالمصلحة المرسلة لم

تركوها مطلقة عن كل قيد وشرط بل احتاطوا وشرطوا فيها شروطا تحول دون اتخاذها ذريعة للأهواء والمظالم والعبث بالتشريع لأن اعتبار المصلحة أمر تقديرى لما لم يحتط فيه كان سبيل الزلل .

الشرط الأول : أن يثبت بالبحث وإنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية . أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً لأنها بهذا تكون مصلحة متفقة في الجملة والمصالح التى قصدها الشارع ، وأما مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع وجوه الضرر . فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء التشريع عليها . فمن يتوهم المصلحة فى سلب الزوج حق التطليق وجعل التطليق للقاضى . أو فى منح الزوجة حق التطليق وجعلها مساوية للزوج فيه ، لا يصح له التشريع بناء على مجرد هذا التوهم بل لابد من البحث الدقيق والاستقراء والموازنة بين المنافع والمضار ، وكذا كل مصلحة يتجه رأى إلى التشريع لتحقيقها .

الشرط الثانى : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ، أى ليست مصلحة شخصية أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأكثر الناس ، أو يدفع ضرراً عن أكثرهم . وأما المصلحة التى هى نفع لأمر أو عظيم أو أى فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء التشريع عليها لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع ولو كانت فيها مضرة لفرد أو أفراد .

الشرط الثالث : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة لا يعارض التشريع لها نصاً ولا إجماعاً . فلا تصح رعاية المصلحة فى مساواة الابن بالبنات فى الإرث ، ولا فى تعديل فروض أصحاب الفروض فى الإرث ، ولا فى تغيير أى حكم ثبت بالنص أو الإجماع لأن الحكم الذى ثبت بالنص أو الإجماع ما قصد به إلا المصلحة ، وهى مصلحة حقيقية عامة بتقدير الشارع أو بتقدير المجتهدين متفقين . فالمصلحة التى تعارض هذا الحكم يغلب أن تكون وهمية ، ولا يعدل عن مصلحة حقيقية بمصلحة وهمية .

موازنة — ومن الموازنة بين المذاهب الثلاثة فى الاستصلاح يتبين أن الذين لا يحتجون

بالمصلحة المرسلّة إطلاقاً لا فيما لا نص على حكمه . ولا فيما ورد نص بحكمه . قدسّدوا باباً من أبواب اليسر ورفع الحرج في التشريع ، وأظهروا الشريعة قاصرة عن مصالح الناس وعن مسايرة التطورات ، ودعواهم أن الشريعة كفلت كل مصلحة في أي زمن وأية بيئة إنما تسلم لهم إذا اعتبروا المصلحة سنداً للتشريع وسلموا بأنه حيث توجد المصلحة فثم شرع الله ، وبهذا أكمل الله للمسلمين دينهم لأنه شرع لهم أحكاماً في وقائع ، ومهد لهم عدة سبل للوصول إلى أحكام ما لم يشرع فيه ، وجعل من هذه السبل أن يتوخوا مصالحهم حيث كانت — وأن الطوفى الذي يحتاج بالمصلحة المرسلّة إطلاقاً فيما لا نص فيه . وفيما فيه نص قد فتح باباً للقضاء على النصوص . وجعل حكم النص أو الإجماع عرضة للنسخ بالرأى لأن اعتبار المصلحة ما هو إلا مجرد رأى وتقدير . وربما قدر العقل مصلحة ، وبالروية والبحث قدرها مفسدة . فتعريض النصوص لنسخ أحكامها بالآراء وتقدير العقول خطر على الشرائع الإلهية وعلى كل القوانين . ثم هو قد سلم أن العبادات والمقدّرات لا مجال للاستصلاح فيها ، وسلم أن الأحكام الكلية التي شرعت لحفظ الضروريات والحاجيات لا مجال فيها أيضاً للاستصلاح لأنها متفقة دائماً والمصلحة . ولم يورد أي مثال الجزئية ورد نص بحكمها وعارض هذا الحكم المصلحة ليتبين مقياس المصلحة في رأيه وعلى أي ضوء يقدرها .

وخير المذاهب الثلاثة مذهب من يحتجون بالاستصلاح في الوقائع التي لا حكم فيها بنص ولا إجماع ، إذا كانت المصلحة التي قصدت بالتشريع لها قد ثبتت ، بالبحث والاستقراء أنها مصلحة حقيقية عامة فإن الحكم المبني عليها حكم شرعى لأنه يحقق ما قصد إليه الشارع بالتشريع وهو مصالح الناس .

رأى الغزالي : حجة الإسلام الغزالي من أتباع الشافعى في إنكار الاحتجاج بالاستصلاح . وقد قرر أن من استحسن فقد شرع ، ومن استصاح فقد شرع ، ولكنه فرض أن المصلحة في بعض الحالات قد تعارض حكم النص أو الإجماع فوضع قانوناً للترجيح عند التعارض وقال : إذا عارضت مصلحة حكماً ثبت بالنص أو الإجماع

هذا في الحقيقة تعارض بين مصلحتين : مصلحة حكم النص أو الإجماع ، والمصلحة
رضية ، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة بمرجحاتها روعيت وعدل عن حكم النص
الإجماع . ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة : أن تكون ضرورية . وقطعية
كلية . ومثل هذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسرى من المسلمين . وعلم أن المسلمين
يتأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين ، فإنه يباح لهم رمي المسلمين
تترس بهم ، فهذه الإباحة تعارض حكماً ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم . ولكنها
مصلحة ضرورية هي حفظ حياة جميع المسلمين . وقطعية لأننا قطعنا بأننا لو لم نرم من
سواهم من المسلمين استؤصل المسلمون . وكلية لأنها لا تتعلق بنجاة فرد أو أفراد
لآلاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمي المسلم المتترس به
وصول إلى فتح القلعة ، لأن فتحها ليس ضرورياً لحياة المسلمين . وبخلاف ما لو خيف
ظن أننا لو لم نرم الأسرى استؤصلنا ، لأن هذا الظن أو الخوف لا يجعل المصلحة
عامة . وبخلاف ما لو زاد عدد راكبي سفينة عن حمولتها ولو لم يرم أحدهم غرقوا
يباح هذا الرمي لأن المصلحة جزئية .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التي عارضت حكم النص روعبت
بدل عن حكم النص وكان اعتباراً لأرجح المصلحتين . وفي الحقيقة ينبغي أن يكون
أمر رأى العلماء جميعهم لا رأى الغزالي وحده ، لأن الحال التي توافرت فيها هذه الأمور
اللاثة هي حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وجميع الأحكام الشرعية إنما كلف بها المكلفون في حال الاختبار . ومن
وفق عليه أن أخف الضررين يرتكب لانتقاء أشدهما ، والضرر الخاص يتحمل دفعاً
سرراً عاماً . ولهذا يقتل القاتل حفظاً لحياة الناس ، وتقطع يد السارق حفظاً لأموالهم
ضحي المصلحة الخاصة في سبيل المصلحة العامة .

خلاصة : والذي أستخلصه من مختلف الآراء والمذاهب في الاستصلاح ، وأرى أنه
ق هو أن الوقائع التي لانص على أحكامها ولا إجماع يحكم فيها بما يحقق المصلحة

التي ثبت بالبحث والاستقراء والموازنة أنها مصلحة حقيقة عامة ، ويكون هذا الحكم حكماً شرعياً ، لأنه حقق مقصود الشرع . وجاء على سننه . والوقائع التي فيها حكم بنص أو إجماع لا يعدل عن أحكامها إلا في حال الضرورة وهي إذا كان حكم النص أو الإجماع يعارض مصلحة ضرورية قطعية كلية ، فإنه يعدل عن حكم النص في هذه الجزئية للضرورة إلى ما يخالفه ، ويكون هذا الحكم المخالف هو الحكم الشرعي في هذه الجزئية ، لأن مواضع الضرورات مستثنيات ، والضرورات تبيح المحظورات .

وتقدير المصلحة الحقيقية العامة التي يحكم بناء عليها فيما لاحكم فيه بنص أو إجماع وتقدير المصلحة الضرورية القطعية الكلية التي يعدل عن حكم النص مراعاة لها لا بد أن يكونا برأى الجماعة التشريعية المكونة من أهل الاجتهاد والنظر . ولا يعتد فيهما برأى الفرد ، ولا برأى جماعة ليسوا من أهل الاجتهاد . وهذا هو سبيل الحق والسداد .

الاستصحاب

تعريفه : الاستصحاب في اللغة طلب المصاحبة . وفي اصطلاح الأصوليين : هو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال ، أو هو جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم دليل على تغيره

فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصاً في القرآن أو السنة ولا أى دليل شرعي يدل على حكمه ، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وهي الحال التي خلق الله عليها ما في الأرض جميعه ، فما لم يقم دليل على تغيرها فالشيء على إباحته الأصلية .

وإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى طعام أو شراب

وعمل من الأعمال ، ولم يجد دليلا شرعيا على حكمه ؛ حكم بإباحته . لأن الإباحة
في الأصل ، ولم يقم دليل على تغييره .

وإنما كان الأصل في الأشياء الإباحة لأن الله سبحانه قال في كتابه الكريم :
« هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » . وصرح في عدة آيات بأنه سخر
الناس ما في السموات وما في الأرض ؛ ولا يكون ما في الأرض مخلوقا للناس ومسخر
لهم إلا إذا كان مباحا لهم . لأنه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم .

حقيقته : الاستصحاب آخر دليل شرعى يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم
ما عرض له . ولهذا قال الأصوليون : إنه آخر مدار الفتوى . وهو الحكم على
شيء بما كان ثابتا له ما دام لم يقم دليل يغيره . وهذا طريق في الاستدلال قد فطر
عليه الناس ، وساروا عليه في جميع تصرفاتهم وأحكامهم . فمن عرف إنسانا حيا
حكم بحياته وبني تصرفاته على هذه الحياة حتى يقوم الدليل على وفاته . ومن عرف
لأنة زوجة فلان شهد بالزوجة ما دام لم يقم له دليل على إنتهاؤها . وهكذا كل من
علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه . ومن علم عدم أمر حكم
عدمه حتى يقوم الدليل على وجوده .

وقد درج على هذا القضاء . فالملك الثابت لأى إنسان بسبب من أسباب الملك
يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ؛ والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائما حتى
يثبت ما يزيله ؛ والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت
ما يخليها منه ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت
ما يشغلها . والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

وعلى هذا الاستصحاب بينت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ،
نصها : « تكفى الشهادة بالدين ، وإن لم يصرح ببقائه في ذمة المدين ، وكذا
لشهادة بالعين » . والمادة ١٨١ منها ونصها : تكفى الشهادة بالوصية أو الإيضاء وإن
لم يصرح بإصرار الموصى إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت المبادئ الشرعية الآتية :

الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره — الأصل في الأشياء الإباحة — ما ثبت باليقين لا يزول بالشك — الأصل في الإنسان البراءة .

والحق أن عد الاستصحاب دليلاً على الحكم فيه تجوز لأن الدليل في الحقيقة هو الدليل الذي ثبت به الحكم السابق ، وما الاستصحاب إلا استبقاء هذا الحكم . وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات ، ومرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان ، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذي يخالفه ، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت ، ويوضح هذا ما قرره في المفقود وهو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته . فهذا المفقود يحكم بأنه حي باستصحاب الحال التي عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته . وهذا الاستصحاب الذي دل على حياته حجة تدفع عنه بها دعوى وفاته والإرث منه ، وفسخ إجارته ، وطلاق زوجته ، ولكنه ليس حجة لإثبات إرثه من غيره ، لأن حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية . ولهذا الإرث فعلاً من غيره بل يوقف نصيبه حتى تتبين حاله .

وكما بدأنا بحمد الله نختتم بحمد الله ونسأله سبحانه أن يتقبل عملنا بقبول حسن وأن يجعله خالصاً لوجهه نافعاً من أراد الانتفاع به .